

THÈSE DE
NANCY.
1880
N^o. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

LOUIS GUILLEMIN

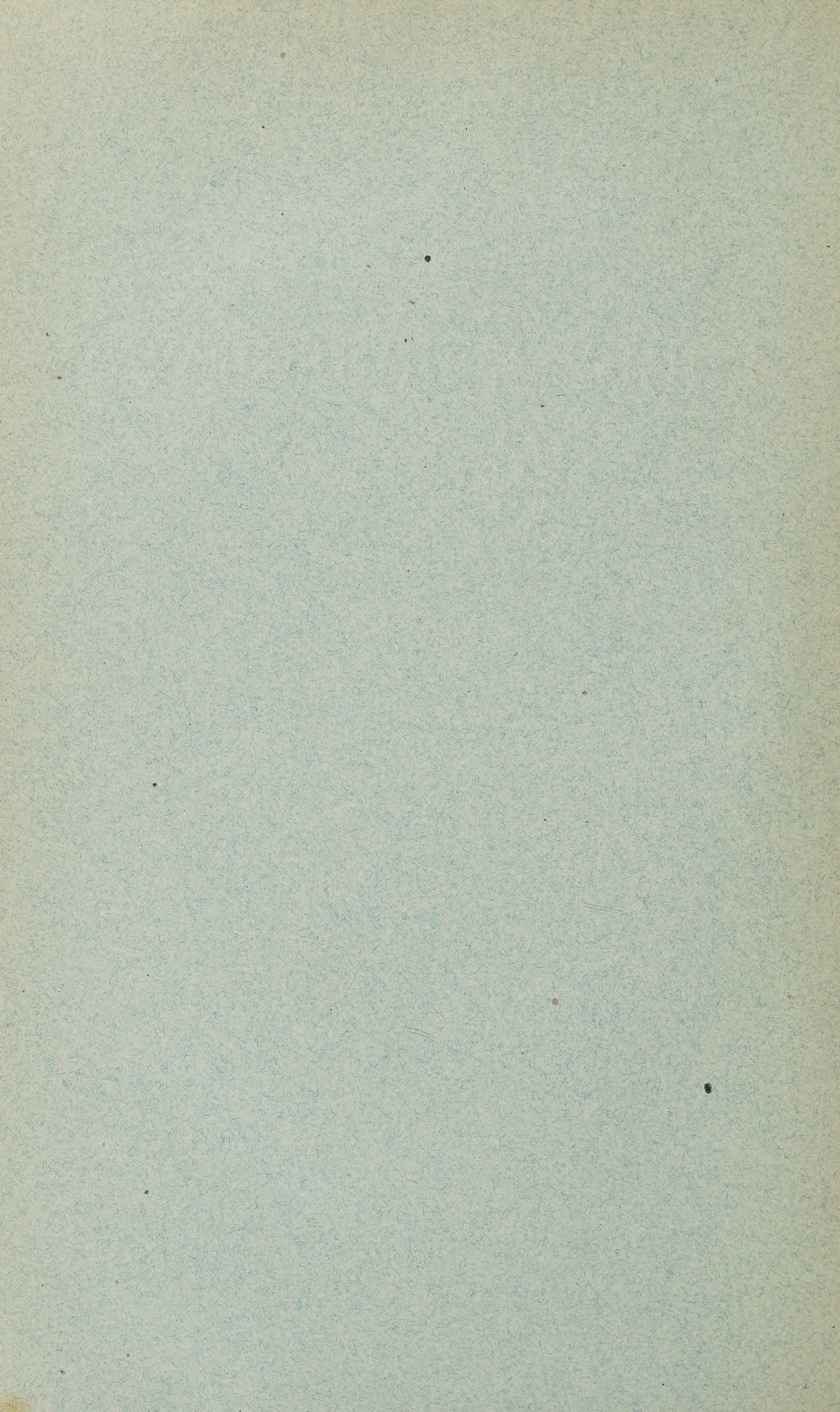
AVOCAT

NANCY

IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT ET C^{ie}

Rue Jean-Lamour, 11

1880



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

JEAN-MARIE-LOUIS GUILLEMIN

NÉ A PONT-A-MOUSSON (MEURTHE-ET-MOSELLE) LE 17 AOUT 1855

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le mercredi 21 juillet 1880, à 4 heures du soir.

Président, M. LEDERLIN, professeur-doyen.

Suffragants : {
MM. LIÉGEOIS,
DUBOIS,
P. LOMBARD,
GARNIER, agrégé. } *professeurs.*

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.*

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

MM. LEDERLIN, I  ,	Doyen, Professeur de Droit romain (2 ^e chaire), autorisé à faire le cours de Pandectes et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
JALABERT,  , I  ,	Doyen honoraire.
HEIMBURGER,  , I  ,	Ancien Professeur de la Faculté de droit de Strasbourg, Professeur honoraire.
A. LOMBARD, I  ,	Professeur de Droit commercial et Chargé du cours de Droit des gens.
LIÉGEAIS, I  ,	Professeur de Droit administratif.
DUBOIS, I  ,	Professeur de Droit romain (1 ^{re} chaire) et Chargé du cours d'Histoire du Droit.
BLONDEL, A  ,	Professeur de Code civil (2 ^e chaire) et Chargé du cours de Droit constitutionnel.
BINET, A  ,	Professeur de Code civil (3 ^e chaire) et Chargé du cours de Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'Enregistrement.
LOMBARD (Paul), GARNIER,	Professeur de Code civil (1 ^{re} chaire). Agrégré, Chargé du cours d'Économie politique.
MAY,	Agrégré, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain (2 ^e chaire).
CHAVEGRIN,	Agrégré, Chargé du cours de Procédure civile.
GARDEIL, LACHASSE, A  ,	Agrégré, Chargé du cours de Droit criminel. Docteur en Droit, secrétaire, agent comptable.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat. Le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public. (Statuts du 9 avril 1825, art. 81.)

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MA SŒUR

DROIT ROMAIN

DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

(Digeste, V, 2. — Code, III, 28. — Novelle 115, cap. 3, 4, 5.)

INTRODUCTION

1. — La loi des Douze Tables, dans un texte concis et énergique¹, consacre pour le chef de famille romain le droit de faire, à l'aide du testament, la loi de son hérédité : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. A Rome, le citoyen tenait à honneur de se survivre dans un héritier testamentaire, et, dès les premiers temps de la République, il usait de la faculté de tester avec une liberté sans limites.

Cette préférence que montraient les Romains pour la succession testamentaire et qui exerça une si profonde influence sur le développement de leur droit successoral, ne saurait s'expliquer par la volonté d'écarter les héritiers de la succession légitime. Il arrivait souvent que le testateur instituât

1. *Tabula quinta.*

GUILLEMIN.

précisément ses héritiers légitimes, sans rien changer à la distribution légale des parts ; et même, s'il faut en croire une opinion originale et séduisante¹, le désir de protester, au nom de l'esprit de famille, contre la dévolution arbitraire de la succession *ab intestat* et de maintenir dans la famille naturelle le patrimoine que le droit héréditaire réservait à la famille agnatique ou civile aurait motivé à Rome l'usage du testament. Ce qu'on peut dire pour expliquer cette prédominance de la succession testamentaire sur la succession légitime, c'est que, dans bien des cas, le citoyen romain trouvait dans le testament le moyen d'exprimer ses volontés d'une manière efficace. Voulait-il, par exemple, faire des legs, donner un tuteur à ses enfants, affranchir un esclave et néanmoins ne pas s'en priver avant de mourir ? il devait faire un testament et par conséquent instituer un héritier. Voulait-il transmettre à des mains fidèles les *sacra privata* de sa famille ? il devait² encore recourir au testament et à l'institution d'héritier ; car, tandis que l'héritier légitime pouvait, en vendant la succession, bénéficier de sa vocation héréditaire sans subir la charge des *sacra*, l'héritier testamentaire, s'il ne voulait pas continuer le culte privé du défunt, ne pouvait que répudier l'hérédité³.

2. — Quant à cette liberté absolue de tester, il suffit, pour l'expliquer, de rappeler l'énergique et toute-puissante organisation de la famille romaine. Dans un but purement politique, afin d'assurer la conservation des idées religieuses par l'unité de culte privé, la conservation des fortunes par l'unité de patrimoine, enfin la conservation des mœurs et des traditions nationales par la souveraineté d'une même volonté⁴, la loi

1. IHERING, *De l'Esprit du droit romain* (traduction Meulenaere, I, § 17, page 208).

2. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 1^{re} édit., p. 719.

3. GAIUS (II, §§ 35 et 36). ULPIN (XIX, §§ 13 et 14).

4. ACCARIAS, p. 139.

romaine fait de chaque famille une petite cité, de chaque père un roi domestique indépendant. Rome appelle du même nom le père et la patrie, *patria potestas*, et comme si elle voyait dans cette unité de la *domus*, le levier caché qui lui donnera le monde, elle s'écrie dans un orgueilleux langage : *Jus autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium romanorum. Nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus* ¹. Lorsque le chef personnifiait ainsi le groupe tout entier, investi qu'il était d'une souveraineté à peu près égale sur les esclaves par la *dominica potestas*, sur la femme par la *manus*, sur les enfants par la *patria potestas*; la faculté de tester devait être pour lui illimitée; et, si elle ne s'exerçait guère au préjudice des parents naturels, c'est grâce à cet esprit de famille ² et à ces vertus domestiques qui, chez les anciens Romains, prévenaient les excès de l'autorité paternelle.

3. — Mais ces vertus privées et cet esprit de famille devaient rapidement disparaître à la suite de la décadence des mœurs; et le moment devait arriver où il serait nécessaire de mettre un frein à cette liberté dont le père n'usait plus que pour transmettre, au gré de ses passions et de ses caprices, le patrimoine de la famille en des mains étrangères.

C'est qu'en effet, cette liberté absolue de tester que certaines particularités d'une législation originale peuvent expliquer, ne saurait se justifier au point de vue du droit naturel. Sans doute le pouvoir du testateur ne doit pas connaître

1. GAIUS, I, § 55. — Institutes, I, 9, § 2.

2. V. sur l'Esprit de famille chez les Romains, IHERING, II, § 37. — Cet auteur fait remarquer avec raison (III, § 50, p. 184) que la forme originaire du testament (*in calatis comitiis*) offrait en fait, une véritable garantie contre un abus outrageux de la liberté de tester. Lorsqu'ensuite s'introduisit la forme secrète du testament, le droit matériel dut suppléer au défaut de la forme. Il institua la *querela inoff. test.* C'est ainsi que la forme tenant lieu parfois de dispositions de droit matérielles, des changements profonds dans la forme, amènent forcément des changements dans le fond même du droit.

V. aussi IHERING, II, § 35, p. 142.

d'entraves si celui qui l'exerce est un être sans famille ; mais il doit subir des restrictions le jour où la famille apparaît. Le père n'a pas seulement des droits sur ceux auxquels il a transmis la vie ; il a aussi des devoirs à remplir envers eux. Il doit assurer aux faibles l'aliment qui les fera vivre, aux forts, l'instrument de travail qui leur permettra de grandir et de prospérer. — Quand le fils fait défaut, l'ascendant reste seul pour personnifier la famille ; il en garde le nom, il en porte le fardeau ; il faut qu'il en retienne partiellement l'héritage. — Enfin, lorsque l'enfant, l'ascendant du testateur ont disparu, il faut que la loi, au nom de cette fraternité qui, même après la mort du chef, doit unir les membres d'une même famille, préfère dans une certaine mesure à l'héritier étranger le frère déshérité par son frère.

4. — Ces idées pénétrèrent peu à peu dans l'esprit de ces jurisconsultes romains dont les efforts tendaient incessamment à plier le texte rigoureux de la loi primitive aux exigences de la raison et aux nécessités de la vie pratique. En même temps que la puissance paternelle perdait de son antique rudesse et que, sous l'influence du droit prétorien, la loi successorale faisait une part plus large à la parenté naturelle, une jurisprudence nouvelle, que l'école Stoïcienne favorisa, s'empara des testaments et, à l'aide d'une interprétation ingénieuse, hardie même, des dernières volontés du testateur, restreignit, dans l'intérêt de la famille, cette faculté de tester qui jusqu'alors était demeurée si libre.

Cette jurisprudence apparut vers la fin de la République, à cette époque de réaction où Cicéron raillait publiquement le formalisme et l'arbitraire du vieux droit civil¹ et se vantait de placer l'équité en tête de ses édits². C'est alors que

1. *Pro Muræna*.

2. *Ad Attium*.

pirent naissance deux institutions qui devaient se développer presque parallèlement, la succession contre le testament, civile et prétorienne, et la *querela inofficiosi testamenti*.

5.—Pour expliquer les réformes qu'ils allaient entreprendre, les Prudents s'appuyèrent sur un principe que les lois indiennes avaient déjà proclamé et dont Platon avait fait une des bases de sa République, le principe d'après lequel les enfants sont copropriétaires du patrimoine paternel¹.

Si le *suus heres* est copropriétaire² des biens de son père, on doit en conclure que, lorsqu'il succède à celui-ci, il ne recueille pas un droit nouveau, mais exerce bien plutôt un droit qui lui appartenait déjà. Il en résulte que, si le père veut le déshériter, il doit au moins prendre la peine de déclarer expressément sa volonté. C'est cette déclaration qu'on appelle exhérédation, par opposition à la simple omission ou prétériton. Un fils a-t-il été omis dans le testament paternel? le testament est rompu et la succession déferée *ab intestat*. Le testateur a-t-il omis une fille ou un petit-fils en puissance? le testament n'est pas nul; seulement la fille ou le petit-fils vient accroître le nombre des héritiers institués (*jus accrescendi*). Cette première et timide réforme n'aboutit, on le voit,

1. § 2 *De hered. qualit.* (Inst., II, 19.) — GAIUS, II, § 157. — L. 14, *De lib. et post.*, XXVIII, 2.

2. On ne peut, en présence de textes précis, nier l'influence qu'a exercée sur l'esprit des juristes romains cette idée de copropriété. Toutefois, d'après M. Brocher (*Étude philosophique et historique sur la légitime*, p. 68), « ces textes paraissent conciliants quand on les considère isolément; mais il est certain que l'idée de copropriété est diamétralement opposée à l'esprit général du droit romain; ce droit concentrait la propriété de la famille entre les mains du chef qui dominait celle-ci, et les textes invoqués ne paraissent être que des expressions métaphoriques destinées à faire ressortir les liens moraux qui unissaient les membres de cette association. » D'après M. Maynz (III, §§ 443 et 451), « il est bizarre et illogique d'attribuer un droit de copropriété à des individus qui non-seulement sont déclarés incapables de rien avoir à eux, mais qui appartiennent en propre au père qui peut disposer de leurs personnes comme de ses esclaves ou de ses bestiaux ». Cet auteur, remontant aux origines de la succession contre le testament, qui, d'après lui, trouva ses premières applications aux cas d'omission d'un posthume et d'un fils prisonnier, voit dans cette succession un hommage rendu à la volonté présumée du testateur. Toutefois, M. Maynz est bien forcé d'admettre que la succession contre le testament pouvait et devait le plus souvent s'ouvrir « à l'insu du testateur, voire même contre sa volonté réelle ».

qu'à ajouter à la confection du testament une formalité de plus¹. Sans doute le prêteur, intervenant dans ce premier mouvement, assimila aux enfants en puissance les enfants qu'une *capitis deminutio* avait fait sortir de la famille; il exigea què le père qui ne voulait pas instituer ces derniers les exhérédât formellement et promit aux descendants omis la *bonorum possessio contra tabulas* qui, lorsqu'elle était demandée et accordée, faisait réputer le testateur mort *intestat*. Cette protection, qui ne s'étendait d'ailleurs ni aux descendants par les femmes, pour lesquels l'omission valait exhérédation, ni aux ascendants, ni aux frères et sœurs, était encore bien insuffisante. La vieille maxime des Douze Tables : *Uti legassit...* restait debout, et le testateur, pourvu qu'il exprimât sa volonté dans les termes consacrés, restait libre de déshériter sa famille².

6. — Si cette exclusion pouvait être souvent justifiée par l'ingratitude d'un parent, elle pouvait aussi être imméritée et inspirée par la seule passion. Il fallait donc donner aux déshérités le droit et le moyen de discuter les mérites de l'exhérédation ou de l'omission et de faire annuler le testament injuste. Une réforme plus sérieuse restait à faire; elle fut l'œuvre exclusive de la jurisprudence et aboutit à l'introduction de la *querela inofficiosi testamenti*. Voici comment elle s'accomplit et comment raisonnèrent les Prudents : sans doute l'homme qui déshérite son enfant, son père, son frère, use d'un droit incontestable; mais aux yeux de la raison et de l'équité, cet homme, si l'exhérédation est inique, commet envers sa famille la plus grave des injures, et cette injure il n'a pu la commettre que dans un moment où la colère ou des

1. VANGEROW, II, § 467, Anm. 2.

2. Le jurisconsulte Paul (L. 11, D., XXVIII, 2) ne se dissimule pas que la faculté illimitée d'exhérer accordée au père ne s'accorde guère avec le principe qui considère les enfants comme copropriétaires; mais il repousse cyniquement l'objection : *nec obstat quod licet eos exheredare quod et occidere licebat*.

séductions coupables égaraient sa raison. Son testament est l'œuvre d'un incapable, l'œuvre d'un fou ¹. Dès lors, on rentre, grâce à ce subterfuge (*color*) dans le domaine du droit et rien n'empêche de donner contre ce testament une action que la simple violation du devoir ne pouvait justifier ; cette action est la *querela inofficiosi testamenti*. — Ainsi, au moment où ils portaient un coup si rude à la loi des Douze Tables, les Prudents, à l'aide d'une de ces fictions si fréquentes dans le droit romain, affirmaient une fois de plus ce respect superstitieux pour un passé qu'ils entouraient d'hommages et auquel, au fond, ils avaient voué le dédain.

Voilà donc une innovation large dans son application, efficace dans ses résultats. Les enfants émancipés ou en puissance, les descendants *per masculos* ou *per feminas*, les ascendants et, dans certains cas, les frères et sœurs pourront désormais protester contre une exhérédation ou une omission imméritée. Ils se présenteront devant le tribunal des *Centumvirs*, ils prouveront que le testateur a violé l'*officium pietatis* et obtiendront la rescision totale ou partielle du testament inofficieux. Toutefois, ils ne pourront faire annuler les dernières volontés du défunt et infliger ainsi à sa mémoire une flétrissure posthume que s'ils n'ont pas reçu la *quarte* légitime. Il n'était pas nécessaire, en effet, d'empêcher absolument le testateur de disposer de son patrimoine au préjudice de sa famille ; il fallait seulement assurer à l'enfant, à l'ascendant, au frère, une partie de ce patrimoine. Cette partie (*portio legitima*) fut fixée au quart de ce que ces parents auraient obtenu si la succession eût été déférée *ab intestat*.

1. L. 2, D. *De inoff. test.*, V, 2. — L. 3 et 4, *eod. tit.* — Peut-être n'y a-t-il pas harmonie complète entre le prétexte imaginé par les juriconsultes et les conséquences qu'ils en ont tirées. Si l'on tient le testament pour émané d'un insensé, comment imputer à qui est réputé fou le tort d'avoir commis une injure ? Et cependant la *querela* est une action *vindictam spirans* ; on l'assimilait à une action d'injures et de ce caractère on faisait découler les plus importantes conséquences.

Désormais, à la condition de laisser la *quarte* aux légitimes, le testateur put disposer à son gré du reste de sa fortune. La légitime était créée. C'est à cette institution, conciliation heureuse des droits du testateur et des droits de la famille, que devait définitivement aboutir ce grand mouvement de réaction contre cette liberté testamentaire à laquelle la loi des Douze Tables n'avait pas assigné de limites.

7. — Il est une idée qui se dégage de l'exposé historique qui vient d'être fait, et qui va nous servir à fixer le cadre et les limites de ce travail : c'est que la *querela inofficiosi testamenti* et la légitime sont deux institutions à la fois dépendantes et distinctes l'une de l'autre ; dépendantes, puisque, comme nous le verrons, les mêmes personnes qui peuvent intenter la *querela* ont droit à la légitime, puisque la première de ces institutions contient la seconde en germe ; distinctes, puisque la *querela* n'a nullement pour but de faire acquérir la légitime au parent déshérité, mais tend à la rescision du testament et à l'ouverture de la succession *ab intestat* ; puisque, une fois la légitime reçue par celui qui a le droit de l'obtenir, la *querela* n'a plus de raison d'être ; puisqu'enfin la réception de la légitime est, si l'on peut s'exprimer ainsi, une condition négative de l'exercice de la *querela*.

On peut donc, tout en tenant compte des rapports incontestables qui existent entre elles, étudier séparément l'une ou l'autre de ces institutions. On peut notamment supposer que le testateur a, sans raisons sérieuses, omis de laisser à certains parents la *pars legitima* et on est ainsi amené à étudier particulièrement la théorie du testament inofficieux. C'est ce que nous nous proposons de faire. Nous examinerons quelle est l'origine de la *querela inofficiosi testamenti*, quelle est la nature de cette action, quelle est sa procédure, quelles sont les personnes qui peuvent l'intenter, à quelles conditions est subordonné son exercice. Passant ensuite à des parties

moins explorées et moins connues de cette théorie, nous montrerons, en nous aidant des travaux des romanistes allemands et principalement du savant traité de M. de Vangerow¹, quelles sont les règles qui président en cette matière à la dévolution et à l'accroissement, dans quels cas la *querela* aboutit à l'annulation totale ou partielle du testament déclaré inofficieux, quels sont les effets de cette annulation, quelles sont les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées au *querelans*. Nous dirons enfin quelle fut la destinée de la *querela* dans le droit des Novelles. Nous établirons que, sous Justinien, la *querela* a presque complètement disparu pour faire place à une action toute différente que les commentateurs allemands appellent *querela* ou *actio nullitatis ex jure novo*, *remedium ex Novella* 115; que, de plus, la Novelle 115 a fondu en une théorie unique, simple et rationnelle la théorie de l'exhérédation ou des successions contre le testament et celle de la *querela inofficiosi testamenti*.

1. *Lehrbuch der Pandekten*, II, §§ 474, 478, 479, 480, 481, 484, 485, 486.

CHAPITRE I

Origine et nature de la *querela*. — Compétence. — Procédure

SECTION I

ORIGINE ET NATURE DE LA *querela inofficiosi testamenti*.

8. — La *querela inoff. test.* est une institution coutumière. Elle dérive de cette source du droit que les Romains appelaient *jus non scriptum*, c'est-à-dire droit non promulgué, formé peu à peu par l'usage, et qu'à un moment donné on trouve accepté de tous sans qu'il soit possible de déterminer l'époque précise de son introduction. Elle est due à l'interprétation des jurisconsultes, qui la firent rapidement entrer dans la pratique du tribunal des Centumvirs. Cette origine ressort avec évidence des expressions employées par les textes, notamment par les Institutes : *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possent liberi qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique præteritos; hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent*¹. Les mots *inductum est, hoc colore*, conviennent bien au procédé des jurisconsultes dont les *responsa* n'avaient pas encore, lors de l'apparition de la *querela*, d'autorité législative. Aussi, est-ce à tort² que Cujas a cherché l'origine de la *querela* dans une loi Glitia que mentionne l'*inscriptio* d'un fragment de Gaius³. La loi, quand elle veut faire prévaloir une règle de droit,

1. Inst. pr., II, 18, *De inoff. test.*

2. VANGEROW, II, § 467, Ann. 2.

3. GAIUS, *libro singulari ad legem Glitiam*, l. 4 D., *De in. test.* V. 2.

ne prend pas de détours ; elle n'emploie pas de fictions, elle commande. Il est donc plus naturel d'admettre que les Prudents, après avoir subordonné la validité du testament à la formalité de l'exhérédation, complétèrent cette trop timide réforme en ne tenant aucun compte de l'exhérédation qui ne serait pas fondée sur de justes motifs.

C'est précisément parce que la *querela* ne fut pas introduite par une loi qu'il est impossible de fixer exactement l'époque à laquelle apparut cette institution. On a prétendu qu'elle était postérieure à l'établissement de l'empire¹ ; cette opinion ne semble guère admissible, car un passage de la deuxième harangue de Cicéron contre Verrès² prouve que la *querela* existait à la fin de la République ; et, d'après plusieurs fragments de Valère-Maxime³, des testaments inofficieux étaient attaqués et annulés du temps de Pompée.

8 bis. — Quant à la nature de la *querela*, elle peut être définie en ces termes : la *querela* est à la fois une espèce particulière de *petitio hereditatis* par laquelle on revendique un patrimoine en demandant la rescision d'un testament qui le déférait à d'autres, et une action *vindictam spirans* ayant pour but la réparation d'une injure imméritée.

Nous avons dit, dans notre Introduction qu'afin de donner à la plainte dirigée contre le testament inofficieux un fondement juridique, les jurisconsultes romains recoururent à une fiction, cherchant ainsi à conserver pour la vieille loi des Douze Tables les apparences du respect. Ils furent inspirés par le même sentiment lorsque, tout en donnant à la nouvelle action une dénomination nouvelle, ils empruntèrent, pour mettre en pratique leur innovation, la forme et la procé-

1. MAYNZ, § 473, note 10.

2. I, 42, *Jure legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum Annius fecerat non improbum, non inofficiosum...*

3. *Factorum dict. memor.*, VII, 7, n° 2.

ture de la *petitio hereditatis*¹. Il y a plus : si l'on considère le but principal de la *querela*, qui est de faire réputer le testateur mort *intestat* et d'investir de l'hérédité le réclamant qui triomphe, on verra qu'au fond cette action est une pétition d'hérédité, modifiée à la vérité dans quelques-unes de ses règles. C'est d'après l'expression de Vinnius un cas particulier de la pétition d'hérédité, *species hereditatis petitionis*, et d'après la dénomination admise par les commentateurs allemands, une *petitio hereditatis qualificata*². Cette opinion est d'ailleurs confirmée par de nombreux textes ; citons seulement la loi 20 (*Qui de inofficioso dicit nec actiones movere debet, nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere...*), les lois 8 § 8, 17 pr., 19, 21 § 2, 27 à notre titre au Digeste (V, 2), dans lesquelles on rencontre ces termes : *hereditas petitur, evincitur, vindicatur*, etc., appliqués à la *querela*.

Mais en intentant cette action, le réclamant ne revendique pas seulement une hérédité, il poursuit encore la réparation³ publique et solennelle du préjudice moral que lui a causé le testateur en lui infligeant la honte d'une exhérédation ou d'une omission imméritée. Aussi la *querela* peut-elle être classée parmi les actions *vindictam spirantes*⁴, et se rapproche-t-elle plus particulièrement de l'action *injuriarum*⁵. Elle emprunte du moins à ces actions des principes complètement inapplicables à la *petitio hereditatis*. Ainsi, comme l'action d'injures, la *querela* n'est pas comprise dans le gage des créanciers du parent exhéredé ou omis ; par suite, la renonciation de ce dernier au droit d'attaquer le testament inoffi-

1. IHERING, *De l'Esprit du droit romain*, III, § 56, p. 333.

2. VANGEROW, *Lehrbuch*, II, § 478, Anm. 1.

3. De là ce terme d'*accusatio* qu'on rencontre assez rarement d'ailleurs dans les textes : L. 6 § 2, L. 7, 27, 29 § 2, 31 pr., 32 pr. (D., V, 2). L'emploi du mot *actio* lui-même est peu fréquent. Les juriconsultes se servent surtout de l'expression *querela* « pour couvrir la pudeur du mot », dit Et. Pasquier, dans son interprétation des Institutes.

4. KELLER, *Des Actions*, § XCI.

5. L. 4, 8 pr., 22, h. t. (D., V, 2).

ci eux ne saurait motiver l'exercice des actions paulienne, favienne ou calvisienne. Ainsi encore, si un fils est omis dans le testament de sa mère ou de son aïeul maternel, cet oubli est pour lui une injure personnelle, bien que la plainte doive avoir pour résultat de transférer la succession au père. Aussi celui-ci ne peut-il exercer la *querela* contre la volonté du fils. Le fils au contraire peut exercer l'action quand même le père, gratifié dans le testament, s'opposerait au procès¹. Mais c'est surtout l'étude des modes d'extinction de la *querela* qui fera apparaître la ressemblance de cette action avec l'action d'injures².

Certains commentateurs ont méconnu ce double but et, par suite, cette nature complexe que les textes et l'esprit même de l'institution nous ont fait assigner à la *querela*; se plaçant à un point de vue trop exclusif, ils n'ont vu dans cette action, les uns qu'une action préjudicielle à la pétition d'hérédité, les autres qu'une simple action d'injures.

D'après Glück, Francke, Bluntschli, Fabricius, Arndts, Hartmann³, le parent exhérédé ou omis devait d'abord, à l'aide de la *querela*, considérée ainsi comme une action préparatoire, obtenir la rescision du testament, puis intenter alors la *petitio hereditatis ab intestato*. Il suffit de lire les textes cités plus haut pour reconnaître que ce système est inadmissible. Les objections qui sont faites à notre théorie ne sont pas mieux fondées. Pour prouver que la *querela* et la pétition d'hérédité sont deux actions bien distinctes, on invoque la loi 8 § 13, à notre titre; d'après ce texte, la *querela* peut être exercée par le possesseur de l'hérédité; or on ne conçoit

1. L. 8 pr., 22 pr. et § 1.

2. Nous verrons toutefois, lorsque nous traiterons des modes d'extinction de la *querela* et surtout lorsque nous étudierons la théorie de l'accroissement, que les Romains n'ont pas tiré de ce caractère d'action d'injure toutes les conséquences qui en découlaient nécessairement.

3. Ces auteurs sont cités par Vangerow au § 476.

pas la *civilis hereditatis petitio* exercée par une telle personne. — Mais cette loi signifie simplement que le réclamant peut agir par voie d'exception aussi bien que par voie d'action. — On objecte encore que la *querela* peut être intentée par des personnes auxquelles la *petitio hereditatis* ne saurait être accordée, par de simples *bonorum possessores*. — Sans doute, mais, d'après nous, la *querela* n'est pas précisément la *civilis hereditatis petitio*. Le sens de notre théorie n'est autre que celui-ci : c'est par la *querela*, espèce particulière de pétition d'hérédité, et non par une action qui la suivrait, que le réclamant doit s'ouvrir la voie à l'hérédité. — On invoque encore le passage suivant des Sentences de Paul¹ : *Qui inofficiosam dicere potest hereditatem petere non prohibetur*. — Mais tout ce qu'on peut induire de ce texte, c'est que la *querela* n'est pas la *petitio hereditatis* ordinaire, que tout en se rapprochant de cette dernière par la procédure et les résultats, elle s'en écarte par certaines particularités. Aussi a-t-elle une dénomination spéciale et un titre distinct lui est-il consacré au Digeste et au Code².

D'après Rudorf³, la *querela* n'est qu'une action d'injures dont l'effet est d'entraîner la rescision du testament. Le but principal et essentiel de la poursuite, c'est la réparation de l'honneur du parent injustement déshérité ; la conséquence de cette poursuite, c'est l'annulation du testament. On invoque à l'appui de ce système une loi que nous avons déjà citée, la loi 22 à notre titre au Digeste. D'après ce texte, le fils en puissance peut attaquer le testament de sa mère, bien que le bénéfice de l'action ne doive profiter qu'au père. Pourquoi ? la loi répond : *nam indignatio filii est*. L'action n'a donc pas un but pécuniaire, elle ne saurait être assimilée à une péti-

1. *Sent. rec.*, IV, 5, § 4.

2. VANGEROW, § 478 et dans le même sens : Muhlenbruch, Sintenis, Savigny.

3. RUDORF, II, p. 155.

tion d'hérédité. — Il suffit, pour écarter cette opinion, de remarquer qu'il s'agit dans la loi 22 d'une hypothèse exceptionnelle où la réparation de l'honneur est le seul but poursuivi par le *querelans*. Le plus souvent, le demandeur se propose principalement d'obtenir la rescision du testament pour arriver à la succession *ab intestat*. Ce qui prouve encore que la *querela* n'est pas une simple action d'injures, c'est qu'elle peut être intentée avec succès dans certains cas prévus par les textes et où le demandeur ne saurait invoquer une injure personnelle. Ainsi nous verrons qu'un posthume pouvait agir *de inofficioso testamento*, et Paul nous apprend qu'un fils de famille militaire omis par sa mère qui, sur de faux bruits, l'avait cru mort dans un combat, fut reçu à exercer la *querela* ¹.

SECTION II

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE

9. — La *querela inofficiosi testamenti* était de la compétence du tribunal des Centumvirs ². Né des conquêtes plébéiennes ³ à une époque assez indécise ⁴, peut-être sous Servius Tullius ⁵, ce tribunal permanent était une sorte de « grand jury national » ⁶ qui connaissait des grandes questions de la vie civile, questions de domaine *ex jure Quiritium*, questions

1. L. 6 pr., L. 28, *hoc tit.*

2. L. 17, 10 pr., 15, § 2. — Les renseignements que nous avons sur ce tribunal nous viennent surtout de Pline le Jeune et de Valère-Maxime.

3. ORTOLAN, *Explic. hist. des Inst.*, III, n° 1853.

4. KELLER, *Des Actions*, § VI.

5. ZIMMERN, *Des Actions*, § XIV.

6. MAYNZ, III, § 473.

de successions testamentaires et *ab intestat* ¹. Sans doute, en vertu de la loi *Æbutia* ou du moins sous son influence, le choix entre les *judices privati* et le tribunal des Centumvirs fut laissé dans un plus grand nombre de cas que par le passé à la volonté des parties ²; mais ce qui est certain, c'est que la *querela* continua à être jugée exclusivement par les Centumvirs et qu'il n'y avait point de formule pour l'intenter sous forme de *judicium privatum* ³. Les procès ne s'introduisaient devant ces juges que par l'action *sacramenti*; et telle était même l'importance politique du tribunal centumviral, telle était surtout sa popularité plébéienne que, quand le système des actions de la loi disparut vers la fin du VI^e siècle de la République, ce tribunal, malgré sa décadence progressive, perpétua jusqu'à la chute de l'empire d'Occident l'emploi de l'antique action *sacramenti* ⁴.

A l'époque classique, époque du plein épanouissement de la *querela*, les Centumvirs, au nombre de cent quatre-vingt, étaient divisés en quatre chambres, conseils ou sections ⁵ qui tenaient leurs séances dans cette basilique Julia ⁶ dont on voit encore les ruines près du Forum romain, et qui siégeaient tantôt dans des pièces distinctes, tantôt réunies plusieurs dans la même enceinte ⁷. La réunion de plusieurs sections, lorsqu'elle avait lieu, avait uniquement pour but de faciliter l'audition des parties et de simplifier les débats dans le cas où plusieurs actions, se rattachant à une même affaire, étaient portées en même temps devant le tribunal. Le moment de délibérer et de juger venu, les Centumvirs se séparaient

1. CICÉRON, *De Orat.*, I, 38.

2 et 3. KELLER, *loc. cit.*

4. KELLER, § VI. ZIMMERN place l'époque de la disparition du tribunal des Centumvirs entre Dioclétien et Constantin (*Des Actions*, § XVI). — GAIUS, IV, 31, 95.

AULU-GELLE, XVI, 10.

5. PLINÉ LE JEUNE (*Epist.*, II, 14).

6. PLINÉ (*Epist.*, V, 21).

7. PLINÉ (*Epist.*, I, 18; IV, 24; VI, 33).

et la décision de chacune des sections qu'ils formaient était indépendante de celle des autres¹.

10. — Pline le Jeune, qui plaida souvent devant les Centumvirs, raconte dans une de ses lettres² qu'il fut chargé de défendre les intérêts d'une femme de haute naissance qui, exhérédée par son père, avait intenté la *querela* contre les héritiers institués; parmi ces derniers se trouvait la belle-mère du défunt. Un *sacramentum* distinct avait été engagé *in jure* contre chacun des institués, et chacun des procès soulevés par ces divers *sacramenta* avait été porté devant une section différente du collège centumviral. Les débats avaient lieu devant le tribunal tout entier. Les Centumvirs, présidés par le prêteur, siégeaient au complet, avec tout l'appareil des audiences solennelles. Romains et Romaines avaient envahi la basilique Julia, se disputant les places réservées et entourant jusqu'aux sièges des juges. Les pères, les filles, les belles-mères surtout suivaient les débats avec le plus grand intérêt, et attendaient impatiemment le jugement des chambres. — Il paraît que Pline, qui a tracé de cette cause centumvirale un tableau des plus animés, gagna son procès; deux sections donnèrent gain de cause aux institués, deux se prononcèrent en faveur de la plaignante. On pourrait conclure de là que le partage suffisait pour entraîner la rescision du testament. Cependant Marcellus³ donne sur ce point une décision contraire; d'après ce jurisconsulte, le partage était favorable au maintien du testament. Pline raconte ce qui est arrivé dans le procès qu'il a plaidé sans avoir l'intention de poser une règle de droit. Marcellus, au contraire, parle en jurisconsulte. On peut, à l'aide de cette observation, concilier les deux opinions. Le partage devait entraîner une décision

1. KELLER, § VI. ZIMMERN, § XV.

2. PLINÉ (*Epist.* VI, 31).

3. L. 10 pr. au Dig. (V, 2).

favorable aux institués; seulement, dans le cas où cette décision était manifestement inique, le testament était rescindé : voilà ce que dit Marcellus. Il faut en conclure qu'en cas de partage les magistrats chargés de présider et de diriger le tribunal pouvaient, quoiqu'en principe le partage fût favorable au testament, faire prévaloir l'opinion contraire et prononcer la rescision. C'est sans doute ce qui arriva dans le procès raconté par Pline; l'écrivain, séduit par le côté anecdotique de son sujet, aura omis de mentionner cette circonstance.

11. — Plusieurs textes¹ nous présentent les décisions rendues sur la *querela* comme susceptibles d'appel. L'appel, dans le sens moderne du mot, ne s'introduisit à Rome que sous Auguste, et il est probable que cette innovation fut opérée par la loi *Julia judiciaria*². Il est probable aussi que l'appel des sentences rendues par le tribunal des Centumvirs était porté devant l'empereur³, juge suprême de l'empire.

12. — Plusieurs textes⁴ de notre titre au Digeste et au Code font mention d'une *bonorum possessio litis ordinandæ gratia*. Qu'est-ce donc que cette *bonorum possessio*? Il faut supposer qu'un héritier qui veut intenter la *querela* ne puise sa vocation à la succession *ab intestat* que dans l'édit prétorien; il ne peut pas attaquer le testament inofficieux avant d'avoir fait reconnaître cette vocation et il atteint ce but par la demande et l'obtention de la *bonorum possessio litis ordinandæ gratia*. Cette *bonorum possessio*, par cela même qu'elle n'est qu'une formalité préparatoire, un préliminaire de la *querela*, est toujours *sine re*. Elle disparut d'ailleurs lors de l'établissement du nouveau régime successoral inauguré par la Nouvelle 118⁵.

1. L. 27 § 3, L. 8 § 16, L. 29 pr. (*De inoff. test.*, V, 2), L. 5 § 1, *De appellat.* (49, 1).

2 et 3. ZIMMERN, §§ CLXIX, CLXX.

4. L. 8 pr., L. 6 § 2 (D., V, 2), L. 2 (C. 3, 28.)

5. VANGEROW, § 478, Anm. 2.

SECTION III

DES TESTAMENTS QUI PEUVENT ÊTRE ATTAQUÉS
PAR LA *querela*.

13. — En principe, tout testament inofficieux peut être attaqué au moyen de la *querela*. Il y a cependant à cette règle deux exceptions relatives, l'une au testament militaire, l'autre au testament fait par un père au nom de son enfant impubère.

1° On sait qu'à Rome les soldats jouissaient, en matière testamentaire, de nombreux privilèges. Ils étaient notamment dispensés de l'obligation d'instituer ou d'exhérer leurs *heredes sui*, et leur testament, qu'ils pouvaient faire d'ailleurs dans des formes particulières (*in procinctu*), ne pouvait être attaqué par la *querela*. Un fils, même militaire, ne pouvait intenter cette action contre le testament de son père également militaire; mais à une condition, c'est que ce dernier mourût *in militia* ou dans l'année *post missionem honestam*¹. Après l'expiration de ce délai, la *querela* pouvait être exercée contre le testament du vétéran, la fortune de ce vétéran ne se composât-elle que de biens acquis à l'armée. Ces règles ne sont d'ailleurs applicables qu'au vétéran *sui juris*. Le testament que le vétéran fils de famille avait fait *de peculio castrense* et, depuis Justinien, *de peculio quasi castrense* en la forme ordinaire, était en tout temps à l'abri de la *querela*².

2° Le père de famille romain pouvait, dans son testament, faire une substitution pupillaire. On entendait par là une institution d'héritier que le père faisait pour son fils impubère, en prévision du cas où celui-ci, lui ayant survécu, vien-

1. L. 27 § 2 (D., V, 2^e, L. 3 (C. 3, 28).

2. L. 24 (C. 3, 23); Inst., II, 2, § 6; L. 12 (C., VI, 22), L. 37 § 1 (C. 3, 23).

draît ensuite à mourir encore impubère, c'est-à-dire incapable de tester. De même qu'en principe, la substitution pupillaire empruntait son existence et sa validité aux dispositions que le père faisait pour son propre compte, de même aussi sa destinée ultérieure demeurerait étroitement liée à celle du testament paternel. Le testament du fils ne pouvait donc tomber sous le coup de la *querela* qu'autant que cette action avait été dirigée avec succès contre le testament du père. Nous verrons cependant au chapitre qui traite de la rescision partielle du testament inofficieux, que si le testament du père n'était annulé qu'en partie, la substitution restait valable pour le tout¹.

1. L. 8 § 5 (D., *De inoff. test.*, 5, 2.)

CHAPITRE II

Qui peut intenter la *querela*? — Dévolution de cette action.
— Contre qui peut-elle être dirigée?

SECTION I

QUI PEUT INTENTER LA *querela*?

14. — La *querela* a pour but de faire annuler le testament inofficieux et d'ouvrir la succession *ab intestat*. *Intestatum patrem facit*¹, dit Ulpien. Celui-là seul peut donc agir *de inofficioso testamento* qui serait venu directement à la succession légitime si le *de cuius* n'avait pas fait de testament. C'est dire assez que la théorie qui fait l'objet de ce chapitre a dû subir l'influence du droit successoral et en suivre les nombreuses vicissitudes.

La *querela* est accordée à trois catégories de personnes, aux descendants, aux ascendants et, dans certains cas, aux frères et sœurs².

a. — *Des descendants.*

15. — Il est probable que la *querela* ne fut d'abord instituée qu'en faveur des héritiers siens d'après le droit civil³; ce n'était là qu'une conséquence nécessaire de leur copropriété dans les biens du père. Quand le préteur eut exigé sans distinction l'institution ou l'exhérédation de tous les descendants *per masculos*, enfants émancipés, enfants donnés

1. L. 6 § 1^{er} (*hoc. tit.* D., V, 2). — V. VANGEROW, II, § 474 Ann. 2.

2. Inst., *De inoff. test.*, II, 18 pr. et § 1^{er}.

. ACCARIAS, I, p. 803.

en adoption et que le père adoptif a émancipés¹, etc., la *querela* fut accordée même à ceux qui n'étaient pas héritiers siens; elle se justifiait alors par ces principes de droit naturel que nous avons résumés dans notre introduction, et d'après lesquels les devoirs d'un père sont indépendants de la *patria potestas*.

16. — L'enfant naturel *ex concubinato*, le seul qui ait une filiation paternelle certaine a bien, au moins depuis Justinien, un droit très-limité sur la succession de son père mort intestat; mais ce droit n'existe qu'autant que le père n'a pas fait de dispositions testamentaires ou entre vifs. Cet enfant ne peut donc attaquer le testament qui le déshérite².

17. — Quant à l'enfant adoptif, il faut envisager séparément sa situation à l'égard du père adoptif et à l'égard du père naturel; et pour cela, il faut distinguer deux périodes, celle du droit antérieur à Justinien et celle du droit de Justinien.

Avant Justinien, l'enfant donné en adoption ne peut critiquer le testament de l'adoptant qu'autant qu'il est resté dans la famille adoptive; et, à l'inverse, il n'est admis à attaquer le testament du père naturel qu'autant qu'il est sorti de cette famille. Toutefois, cette dernière décision ne prévalut pas sans résistance. Valère-Maxime³ rapporte que, dans les derniers temps de la République, un adopté omis par son père naturel obtint la rescision du testament et, ainsi que nous allons le voir, à la fin du second siècle, Marcien décidait encore dans le même sens lorsque l'adoptant était pauvre.

Nous n'avons pas à rappeler ici les motifs qui portèrent Justinien⁴ à établir une distinction entre l'adoption faite par un ascendant (*adoptio plena*) et l'adoption faite par

1. Inst., II, 13 §§ 3 et 4; L. 6 § 2, L. 7, L. 3 § 5, L. 6 pr. (D. 37, 4).

2. VANGEROW, § 474. — V. Nov. 18, C. 5. — Nov. 89, C. 12 § 4.

3. VII, 7, n° 3.

4. L. 10 (C., *De adopt.*, VIII, 48.)

un *extraneus* (*adoptio minus plena*); nous examinerons seulement l'influence de cette innovation sur notre théorie.

S'agit-il d'une *adoptio minus plena*, l'adopté qui n'acquiert que des droits à la succession *ab intestat* du père adoptif, ne peut critiquer le testament de ce dernier; mais il peut attaquer les dispositions du père naturel dans la famille duquel il est resté. Quant à l'enfant qui est sorti de sa famille naturelle par une *adoptio plena* et qui n'a pas été émancipé par l'adoptant, il peut certainement intenter la *querela* contre le testament de ce dernier; mais ne peut-il pas de plus, au moins depuis la Novelle 118, agir contre le testament du père naturel? Les commentateurs ne sont pas d'accord sur ce point. D'après Mühlenbruch, la Novelle 118 n'a pas rendu à l'enfant adopté par un ascendant, ses droits sur la succession du père naturel; il n'est donc pas étonnant que cet auteur refuse à cet enfant le droit d'intenter la *querela*. — Glück, Vangerow, tout en accordant, d'après la Novelle, le droit de succession *ab intestat*, ne permettent pas à l'enfant adoptif d'attaquer le testament; d'après eux, Justinien, dans la loi 10 au Code, refuse à cet enfant tout droit de succession *ab intestat* sur les biens du père naturel, et, de ce que la Novelle a rétabli ce droit, on n'en peut aucunement conclure à l'admissibilité de la *querela*. — Enfin, dans un troisième système, on raisonne ainsi: Dans la loi 10, Justinien ne refuse la *querela* à l'adopté que parce qu'il ne lui reconnaît aucun droit à la succession du père naturel; dans la Novelle 118, il lui restitue ce droit, et comme conséquence nécessaire et sous-entendue la faculté d'attaquer le testament. Car, qui succéderait *ab intestat* peut intenter la *querela*.

Nous adoptons, pour notre part, l'opinion de Glück et de Vangerow; et nous croyons que la Novelle 118, bien qu'elle rende à l'adopté le droit de succession *ab intestat*, n'a eu aucune influence sur la théorie de la loi 10 au Code, loi qui

refuse la *querela*. Voici comment nous entendons ce texte de la loi 10 : dès le début, Justinien, pour être amené à expliquer les motifs de son innovation en matière d'adoption, rapporte qu'à l'époque classique une controverse s'était élevée entre les jurisconsultes sur la question de savoir si l'adopté pouvait intenter la *querela* contre le testament du père naturel. Papinien ne l'admettait pas ; Paul était du même avis, Marcien distinguait et se séparait de ces jurisconsultes dans le cas où l'adoptant était pauvre. — Puis Justinien établit sa distinction entre l'*adoptio plena* et l'*adoptio minus plena*, et décide que dans le premier cas il se range à l'avis de Papinien (et *Papiniani sententia in hac specie procedat et non patris naturalis successionem molestare concedatur*). Or, quel était réellement l'objet de cette discussion rapportée par Justinien ? s'agissait-il de savoir si l'adopté, bien que sans aucun droit sur la succession *ab intestat* du père naturel, pouvait intenter cependant la *querela* contre le testament de ce dernier ? Évidemment non ; car à l'époque de Papinien, de Paul et de Marcien, il était incontestable que celui-là seul avait le droit d'agir *de inofficioso testamento* qui pouvait succéder *ab intestat* (L. 6 § 1, D., *hoc tit.*). Tout ce qu'on pouvait se demander, c'est si l'adopté, dans les cas très-rares où, en l'absence de *sui heredes* et d'*agnats*, il venait à la succession *ab intestat* à l'aide de la *bonorum possessio unde cognati*, pouvait intenter l'action dont il s'agit. Papinien pensait que, même dans ce cas, la *querela* devait lui être refusée, sans doute parce qu'on ne pouvait pas reprocher au père naturel d'avoir manqué à l'*officium pietatis*, puisqu'il avait donné à son enfant un autre père qui devait veiller à ses intérêts. Le sens de la décision de Justinien ne peut donc être que celui-ci : l'enfant adopté par un ascendant conserve, avant comme après l'innovation de ce prince, son droit à la succession *unde cognati*, mais il ne peut agir *de inofficioso testamento*. La *querela* lui est refusée

bien qu'il ait sur la succession du père naturel un droit comme cognat et non pas parce qu'il n'a aucun droit sur cette succession. La Novelle 118 ne pouvait dès lors modifier en rien la loi 10 ainsi entendue ; avant comme après cette Novelle, l'opinion de Papinien prévaut et cette opinion se résume ainsi : dans le cas d'une *adoptio plena*, l'adopté succède *ab intestat* comme cognat à son père naturel, mais il n'a pas droit à la *querela*¹.

18. — Dans l'hypothèse prévue par le § 4 de la même loi 10, lorsqu'un ascendant qui a sous sa puissance un fils et un petit-fils *ex eo filio*, donne ce petit-fils en adoption à un étranger, il faut appliquer la distinction faite par Justinien. Si le père meurt avant l'aïeul, la puissance paternelle n'aura pas été acquise à l'adoptant, cela pour que l'adopté ne risque pas d'être exclu de la succession de son aïeul naturel ; l'adopté pourra donc critiquer le testament de ce dernier. Si au contraire l'aïeul meurt avant le fils, l'adoptant aura acquis la puissance paternelle et l'adopté aura changé de famille ; celui-ci ne pourra attaquer que le testament de l'adoptant. Ce système conduit à des conséquences regrettables ; car si le père naturel survivant à l'aïeul meurt *durante adoptione* sans rien laisser à l'adopté et si plus tard celui-ci est émancipé par l'adoptant, il se trouve frustré dans ses deux familles successives. De plus, cette théorie peut être d'une application difficile ; si en effet l'adoptant meurt du vivant de l'aïeul et du père naturel sans rien laisser à l'adopté, celui-ci pourra-t-il intenter la *querela* contre le testament ? On n'en sait rien, puisque l'effet de l'adoption est suspendu momentanément par une condition qui n'est encore ni réalisée ni défaillie ; cette condition, c'est le décès du père naturel avant celui de l'aïeul.

1. VANGEROW, § 474, Anhn. 1.

19. — La *querela* appartenait au posthume de même qu'à l'enfant né du vivant du testateur¹; et il n'y avait pas à distinguer entre les posthumes héritiers siens et les posthumes externes ou cognats; citons parmi ces derniers l'enfant qui naît après la mort d'un ascendant maternel et qui a été omis dans le testament de celui-ci. On objectera peut-être que le testateur ne peut avoir aucun motif d'exhérer ou d'omettre un enfant qui n'est pas encore né lors de la confection du testament. Mais ce serait oublier que, d'après une idée admise par la législation romaine, l'enfant était responsable des fautes de son père²; de sorte qu'un petit-fils pouvait être par ce motif écarté par son aïeul d'une succession qui ne s'était ouverte qu'après la mort du coupable. Du reste, abstraction faite de toute responsabilité des fautes du père, l'exhérédation appliquée à un posthume héritier sien prévenait la rupture du testament qui, grâce à cette précaution, subsistait si le posthume venait à décéder sans que la *querela* eût été intentée.

Nous venons de voir quels enfants pouvaient attaquer comme inofficieux le testament du père. Qu'en était-il à l'égard de la mère ?

20. — Le système successoral de la loi des Douze Tables subordonnant le droit héréditaire des descendants à leur soumission à la puissance paternelle, l'enfant ne pouvait jamais succéder à sa mère, en cette seule qualité. Pendant longtemps, cette iniquité ne fut tempérée que par l'usage à peu près universel de la *manus*; la mère étant *in manu mariti*, ses enfants devenaient ses agnats en qualité de frères et sœurs consanguins et pouvaient alors avoir droit à la *querela*. Mais le *manus* disparut peu à peu et l'enfant se trouva sans secours efficace contre l'exhérédation ou l'omission contenue

1. Instit., II, 17 § 2. — L. 6 pr., D., V, 2.

2. L. 3 § 5 *De bon. poss.*, C., t. XXXVII, 4. — « *Delicta majorum immeritus lues...* » (Horace, *Odes*, III, 6.)

dans le testament de sa mère; car la *bonorum possessio unde cognati*, que le prêteur lui promettait, ne lui était accordée qu'à défaut d'agnats. C'est le sénatus-consulte Orphithien¹ qui, sous Marc-Aurèle, appela les enfants à la succession maternelle; dès cette époque, le droit d'attaquer comme inofficieux le testament de sa mère ne fut plus contesté à l'enfant, qu'il fût issu de justes noces ou né d'un concubinat ou même *vulgo quæsitus*². Toutefois, d'après une constitution de Justinien³, les *spurii* d'une femme illustre qui laissait des enfants légitimes ne pouvaient d'aucune manière prétendre à sa succession.

Depuis Dioclétien et Maximien, un rescrit impérial put autoriser la femme qui avait perdu ses enfants à adopter⁴. Depuis Justinien, les effets de cette adoption sont ceux d'une *adoptio plena*. Mais avant cet empereur l'enfant peut-il critiquer le testament de sa mère adoptive? La négative est soutenue par Pothier⁵, d'après lequel il ne s'agirait pas, dans notre hypothèse, d'une véritable adoption. Cependant l'affirmative résulte bien du texte de la loi 5 au Code qui assimile l'adopté à un enfant légitime. Un fragment d'Ulpien⁶ à notre titre suffit à lever tous les doutes. Ce fragment (où d'ailleurs les trois mots *sine jussu principis* ont été évidemment interpolés, puisque c'est seulement sous Dioclétien que l'adoption fut permise aux femmes) signifie que l'enfant qu'une femme aurait adopté *sine jussu principis* croirait vainement l'adoption valable et ne pourrait exercer la *querela*; donc cette action lui appartiendrait bien s'il eût été adopté avec permission du prince⁷.

1. Inst., III, 4, *De Senat. Orphit.*

2. L. 29 § 1 (D., *De inoff. test.*, V, 2).

3. L. 5, C., *Ad Sen. Orphit.*, LVII, 6.

4. L. 5, C., *De adopt.*, 8, 48.

5. Pand., *ad tit. De inoff. test.*, 5, 2.

6. L. 29 § 3 (V, 2).

7. VANGEROW, § 474, Anm. 1. — Glück, Mühlenbruch cités par Vangerow.

b. — *Des ascendants.*

21. — Nous avons dit, dans notre introduction, que quand l'enfant déshérite son ascendant, ce dernier doit avoir le droit de protester contre cet oubli des devoirs les plus évidents de la piété filiale et de faire tomber le testament de l'ingrat. C'est ce droit que Papinien proclame dans la loi 15 pr. à notre titre, et lorsqu'il semble admettre au début de ce texte que l'hérédité de l'enfant n'est pas due aux ascendants, il veut dire probablement que cette extension de la *querela* ne s'aurait s'expliquer par cette idée de copropriété sur laquelle repose le droit des enfants d'attaquer le testament de leur père¹.

Nous avons établi aussi que le *querelans* puise son droit à attaquer le testament dans sa vocation à la succession légitime. Nous n'avons pas à étudier d'après quelles règles le droit civil, le prêteur, les constitutions impériales appelaient les ascendants à la succession de leurs enfants; nous rappellerons seulement quelques principes et quelques hypothèses qui présentent un intérêt particulier.

22. — Il faut que le testament attaqué soit l'œuvre d'un enfant *sui juris*; car, en principe, l'enfant en puissance ne peut tester². Par exception, le fils de famille peut disposer par testament du *peculium castrense* et même, depuis Justinien, du *peculium quasi castrense*; mais le testament qu'il fait est à l'abri de la *querela*³.

Lorsqu'un fils émancipé vient à mourir laissant par testament ses biens à un étranger, deux hypothèses peuvent se présenter. Ou l'émancipation n'a pas été accompagnée d'un

1. ACCARIAS, *Préc. de dr. rom.*, 1^{re} édit., p. 804.

2. *Inst.*, II, 12.

3. L. 24, — 37 § 1, C., *De inoff. test.*, III, 28.

contrat de fiducie; le testament de l'émancipé, mort sans enfants, peut alors être attaqué par son père. Sans doute, d'après le droit civil, c'est le *manumissor extraneus* qui, en sa qualité de patron, a droit à la succession de l'émancipé; mais cette vocation disparaît devant la *bonorum possessio unde decem personæ* que le préteur donne au père¹. Ou, ce qui arrivait le plus souvent, un contrat de fiducie (qui sous Justinien est toujours sous-entendu), était intervenu et avait transmis à l'ascendant émancipateur les droits de patron. Or, le préteur² accordait au patron omis dans le testament de son affranchi la *bonorum possessio contra tabulas*, mais pour la moitié seulement de l'hérédité, et Justinien conserva au patron le bénéfice de cette possession en la réduisant, dans le cas où l'affranchi laisserait plus de cent sous d'or, au tiers de l'hérédité. L'ascendant émancipateur, omis dans le testament de l'émancipé, jouissait des mêmes droits que le patron. Dès lors ne semble-t-il pas que la *querela* lui doive être refusée? Car, il est un principe qui sera établi ultérieurement : c'est que quiconque peut, par un autre moyen que la *querela*, obtenir le quart de la portion qu'il aurait eue *ab intestat* n'est pas recevable à agir *de inofficioso testamento*. Néanmoins, l'ascendant peut intenter la *querela*, parce que, dit Ulpien, il faut distinguer les droits qu'il a en qualité d'ascendant des droits qu'il a en qualité de patron. Il résulte de la loi 1 § 6, d'Ulpien (*Si a parent.*, D., XXXVII, 12) que la *querela* avait été introduite par l'interprétation des prudents avant l'époque où le préteur accorda la *bonorum possessio* au patron omis. Le droit d'attaquer le testament inofficieux est en effet appelé dans ce texte, *jus antiquum*. Ce droit ne pouvait être enlevé à l'ascendant émancipateur sous prétexte qu'il était appelé à bénéficier, en qualité de pa-

1. Inst., III, 9, § 3.

2. Inst., III, 7, § 3.

tron, des avantages accordés par le prêteur aux patrons. Ces explications nous permettent de comprendre un texte de Papinien, c'est à-dire un texte difficile de notre titre, la loi 16 § 1. Un enfant émancipé *autonomus liberum* meurt, laissant un testament dans lequel il a exherédé sa fille et omis l'ascendant émancipateur. Celui-ci demande et obtient la *honorum possessio contra tabulas*. La fille intentera contre son grand père et contre l'institut la *querela inoff. test.* On ne pourra lui opposer l'examen auquel s'est livré le prêteur avant d'accorder la *honorum possessio contra tabulas*, parce que, dit Papinien, le prêteur s'est borné à constater que le père du défunt se trouvait dans les conditions voulues pour être assimilé à un patron, et ne s'est pas inquiété du point de savoir si le testament du défunt avait ou non violé à l'égard de la fille l'*officium pietatis*. Donc, si cette dernière a été injustement exherédée, le testament sera rescindé, la *honorum possessio* deviendra *sine re* et l'hérédité entière devra, sauf le compte à faire relativement aux fruits, être restituée à la fille¹.

23. — Le droit romain s'est peu préoccupé, au moins d'une manière directe, de la situation que fait l'adoption aux ascendants de la famille naturelle et de la famille adoptive. Aussi, lorsqu'à la suite d'une *adoptio plena* l'adopté meurt dans la famille adoptive laissant ses biens à un étranger, les commentateurs ne sont-ils pas d'accord pour régler les droits du père naturel et ceux du père adoptif. Il faut faire une distinction : ou bien l'adopté était encore sous la puissance du père adoptif, ou il était devenu *sui juris* par la mort de l'adoptant. Dans le premier cas, plusieurs systèmes sont en présence ; quelques auteurs² font pour l'exercice de la *querela*

1. CROAS, *Comm. ad Pap. Quæst.*, lib. V, ad l. *legem* 14 D. V. 2, et *Comm. ad Pap. Resp.*, lib. II, ad l. *legem* 16 D. *ead.*, tit.

2. Mühlenthal, *Pachia*, Académ. cités par Vangerow au § 474. Ann. 2. 6.

concourir le père adoptif et la mère naturelle; d'autres accordent la *querela* au père et à la mère naturels et au père adoptif. Cette solution est plus rationnelle; elle se comprend facilement quant au père adoptif et à la mère naturelle; quant au père naturel, elle s'impose en vertu de la loi 30 au Digeste à notre titre, loi dont la portée n'est en rien modifiée par la loi 10 au Code (*De adopt.*, 8, 48) et qui reconnaît formellement au père naturel le droit d'intenter la *querela*. Dans le deuxième cas, les parents naturels peuvent critiquer le testament de l'adopté, lors même que ce dernier n'est pas sorti de la famille adoptive.

Il se peut encore que, du vivant de l'adoptant, l'adopté sorte de la puissance de ce dernier tout en restant cependant dans la famille adoptive (perte de la *civitas*, servitude, certaines dignités conférées à l'enfant). Dans cette hypothèse encore, les parents naturels auront comme le père adoptif le droit d'intenter la *querela*¹.

24. — La mère et les autres ascendants maternels, omis dans le testament d'un descendant, ont droit à la *querela* dans les cas où ils sont appelés à la succession *ab intestat*. Primitivement, ces personnes n'étaient appelées que dans l'ordre des cognats; mais le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous Adrien, vint mettre la mère au rang des agnats².

c. — Des collatéraux.

25. — Parmi les collatéraux, la *querela* n'est accordée qu'aux frères et sœurs consanguins du défunt, et, dans le droit classique, il faut entendre par là les frères et sœurs restés agnats. Cependant Ulpien³ rapporte que, de son temps

1. VANDEKROG, au paragraphe cité à la note précédente.

2. Inst., III, 3, § 3. — L. 17, C., *De inoff. test.* (3, 28).

3. L. 1, D. *De inoff. test.* (V, 2).

encore, la rescision des testaments était souvent demandée, quoique toujours sans succès, par de simples collatéraux, ce qui semblerait prouver que l'exclusion de ces derniers ne s'imposait pas sans discussion. Cette limitation de la *querela* aux frères et sœurs agnats s'explique peut-être par cette idée que les biens du défunt avaient été autrefois la copropriété de l'agnat, alors que l'un et l'autre étaient soumis à la puissance du père commun; aussi cette action dut-elle être accordée à cette classe d'héritiers en même temps qu'aux *sui heredes*. Lorsque, laissant de côté cette idée étroite de copropriété, les prudents s'inspirèrent des principes plus larges et plus rationnels du droit naturel, alors seulement la *querela* dut être étendue aux enfants autres que les héritiers siens et aux ascendants.

26. — D'après une Constitution de Constantin, datée de 319 et insérée au Code Théodosien¹, la *querela* n'appartient pas aux frères utérins; elle n'appartient qu'aux frères germains ou consanguins *agnatione durante* (il faut étendre cette disposition aux sœurs germaines ou consanguines), à la condition toutefois que l'institué soit une *persona turpis*. Justinien a reproduit cette Constitution dans son Code², mais en y apportant une importante modification : la *querela* pourra être exercée par les frères et sœurs consanguins *durante agnatione vel non*. Il nous sera facile dès lors d'interpréter ce passage des Institutes : *Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt; non ergo contra omnes heredes agere possunt*³... Il résulte de ce texte, complété par celui des constitutions que nous avons rappelées, que les frères et sœurs consanguins, agnats ou non, auxquels la *querela* est accordée n'ont pas d'une manière

1. L. 1, C. Th., *De inoff. test.*, II, 19.

2. L. 27, C., *De in test.*, III, 28.

3. Inst., II, XVIII, § 1^{er}.

absolue le droit de l'intenter; ils se plaignent moins de l'exclusion qui les frappe que de la préférence accordée par le testateur à des institués dont l'*existimatio* n'est pas intacte. L'*existimatio*, c'est l'honneur du citoyen romain, honneur qui doit être sans tache pour que ce dernier ait la pleine aptitude aux droits civils et politiques. C'est précisément à l'occasion de la *querela* que Constantin, dans la Constitution précitée, expose avec une grande précision les trois degrés d'altération de l'*existimatio*: *si scripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspersantur*¹...

SECTION II

DE LA DÉVOLUTION DE LA *querela*.

27. — Le parent appelé en première ligne à attaquer le testament inofficieux peut avoir renoncé à intenter la *querela*; il peut encore avoir échoué dans son entreprise, parce qu'il a été justement exhéredé ou omis. Dans ces hypothèses et, en général, quand la *querela* est perdue pour le plus proche ayant droit, est-elle à jamais éteinte, ou est-elle dévolue à d'autres personnes? Cette question, qui n'est résolue par aucun texte précis, est fort controversée; et si l'on admet généralement qu'il y a dévolution de la *querela*, on n'est pas d'accord sur le point de savoir si cette dévolution s'opère de degré à degré ou d'ordre à ordre, s'il y a, suivant les expressions des auteurs allemands, *successio ordinum* ou *successio graduum*.

28. — Dans un texte très-général et duquel Vinnius et Pothier, suivis en cela par plusieurs auteurs modernes², ont

1. L. 3, C. Th., *De inoff. test.* — Basil. XXXIX, I, 56. — THÉOPHILE, *ad* § 1 *De inoff. test.* L. 1, *De his qui not.*, D., III, 2. — ORTOLAN, I, *Généralisation*, § 74. — VANGEROW, II, § 474, Ann. 3.

2. VINNIUS, *Select. juris quæst.*, I, cap. XX. — POTHIER, *Pand.*, III, *ad tit. De inoff. test.*, V, 2. — VERNET, *De la Quotité disp.*, p. 114. — BOISSONNADE, *Histoire de la réserve*, ch. IV, p. 81.

eu tort de faire découler la *successio graduum*, Paul soulève précisément la question que nous venons de poser : *si is qui admittitur ad accusationem nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est...* ; le jurisconsulte répond que la dévolution, contestée d'abord, avait fini par être admise : *et placuit posse, ut fiat successioni locus* ¹. Mais de quelle *successio* s'agit-il et que faut-il entendre par ces termes : *an sequens admittatur*? Voici la théorie qui nous semble résulter des principes et des textes.

29. — La *querela* a pour effet d'amener l'ouverture de la succession légitime. Par conséquent, la question que nous cherchons à résoudre revient à celle-ci : Quand le plus proche parent du testateur ne veut pas ou ne peut pas user du droit qu'il a de faire annuler le testament, l'héritier qui vient après lui dans le même ordre ou dans un ordre différent peut-il chercher à s'ouvrir, à l'aide de la *querela*, la voie à la succession *ab intestat*? Il est donc naturel d'appliquer à la dévolution de la *querela* les mêmes règles qu'à la dévolution de la succession légitime. On arrive ainsi aux solutions suivantes :

Le droit romain classique excluant ² dans le même ordre de succession légitime la dévolution de degré à degré ³, un héritier subséquent ne pouvait intenter la *querela* que s'il appartenait à un autre ordre que le premier ayant droit qui n'avait pas pu ou voulu se plaindre. La loi 14, à notre titre au Digeste, démontre la vérité de cette proposition. Dans son testament, un fils émancipé a exhéredé ses enfants et omis son

1. L. 31, *De inoff. test.* (D., V, 2).

2. D'après M. Ihering (*Esprit du dr. rom.*, III, p. 148), cette exclusion « paraît provenir du désir d'accorder accès à l'hérédité aux simples parents du sang (*cognati*) complètement perdus de vue par la loi, désir qui se traduisit plus tard par la « *bonorum possessio*... »

3. V. sur la dévolution, les savantes dissertations de M. Machelard : *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* (1877), et *Revue de législation ancienne et moderne*, 1876.

père; Papinien décide que le père doit attendre le résultat de la *querela* qui appartient d'abord aux enfants exhérédés, sauf à exercer cette action pour son compte, en cas d'échec subi par ceux-ci. — Il résultait de cette première partie de notre théorie que le testateur, bien qu'ayant de justes motifs d'exhérer l'héritier ou les héritiers premiers en rang ne pouvait pas encore disposer à son gré de sa fortune; car il devait se préoccuper des héritiers d'un ordre subséquent auxquels il devait laisser la *portio legitima* s'ils n'avaient pas mérité l'exhérédation.

Quand les héritiers appartenaient au même ordre de succession, mais occupaient dans cet ordre des degrés différents, la dévolution était impossible. Le droit de succéder était absorbé par celui qui tenait la première place. La qualité de *suus heres* ne pouvait être invoquée que par le descendant qui ne trouvait aucun intermédiaire entre lui et le défunt. Il résulte de ces principes, applicables à la *querela* comme à la succession légitime, que quand un fils en puissance a été justement exhérédé, le droit d'attaquer le testament du défunt ne passe pas aux *nepotes*, que la présence du père dans la famille empêche de prendre la qualité d'héritiers. Sans doute d'après la loi 1 § 5, *De conj. cum emanc.* (D. 37, 8), l'exhéréhé doit être tenu pour mort. Mais cette fiction ne peut évidemment pas avoir pour résultat de conférer le titre de *sui heredes* aux *nepotes in potestate* dont le père a été exhéréhé; car, c'est ce père lui-même qui, par l'effet de la puissance paternelle, recueillerait la succession malgré l'exhérédation rendue ainsi illusoire. C'est ce qui arrivait quand, en exhérédant son fils, le testateur instituait ses *nepotes* en puissance¹; l'exhéréhé était alors traité comme héritier nécessaire. Aussi Ulpien, dans la loi 1 § 5 précitée, raisonne-t-il à l'occasion

1. L. 6 § 5, D., *De adq. vel omitt. hered.* (29, 2).

des enfants issus d'un fils exhéredé émancipé, enfants restés en puissance du testateur et placés d'ailleurs dans une condition spéciale. Il faut donc tenir pour certain que le père qui a valablement exhéredé son fils non émancipé, n'a pas à craindre que son testament soit attaqué par des *nepotes* omis et qu'il avait le droit d'omettre¹. Car la capacité d'intenter la *querela* n'appartient qu'à celui qui se trouvait directement sous la puissance du défunt et n'est accordée, en général, qu'au plus proche parent du testateur. L'exhéredation méritée, encourue par le fils, en le faisant réputer mort, pouvait avoir pour effet d'ouvrir la voie aux héritiers d'un ordre subséquent qui, à leur tour, pouvaient critiquer le testament comme inofficieux à leur égard, mais les descendants ultérieurs n'acquerraient pas le droit d'agir *de inofficioso testamento*.

Cette exclusion des héritiers plus éloignés pouvait, dans certaines circonstances, entraîner des conséquences regrettables. Reprenons l'hypothèse d'un père qui a exhéredé son fils et omis ses petits-enfants. Peut-être ce fils a-t-il été exhéredé sans motifs sérieux, peut-être à l'aide de la *querela* eût-il fait tomber le testament qui le déshéritait; mais il est mort sans avoir eu même le temps de préparer l'exercice de l'instance² (*præparare controversiam*). L'action ne peut donc passer ni par transmission, ni par dévolution aux *nepotes* qui se trouvent ainsi dans l'impossibilité de revendiquer le patrimoine de leur ancêtre. C'est à Justinien qu'il appartenait de faire disparaître cette iniquité. D'après la loi 34 (C., *De inoff. test.*, 3, 28), il y aura désormais transmission de la *querela* au profit des *nepotes* alors même que le *filius* serait mort sans avoir manifesté l'intention d'exercer cette action. Justinien adresse de justes reproches aux jurisconsultes classiques

1. L. 4 § 1, *De bon. p. c. t.* (37, 4, D.); L. 9 § 2, *De lib. et post.* (D. 28, 2); L. 6 pr. (D. 28, 3.) — L. 1 § 6, *De conj. cum emancip.* (D. 37, 8.).

2. V. le chapitre de l'extinction de la *querela*.

qui n'avaient pas su améliorer la condition déplorable de ces *nepotes* : *et hoc nonnulli jurisconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt*. Il faut remarquer aussi le motif que Justinien donne de son innovation : *omne adjutorium nepotes derelinquit*. Car en présence de ces textes, on ne comprend pas la controverse que nous allons brièvement rappeler.

30. — D'après certains commentateurs, au rang desquels on peut citer Doneau¹ et Vinnius², le *nepos* a pu de tout temps — la loi 31 pr. à notre titre le prouve suffisamment — exercer de son chef la *querela* quand le *filius* était déchu du droit d'intenter cette action. Il ne faut donc voir dans la loi 34 au Code que l'ouverture d'un droit de transmission de la *querela* du fils au *nepos* ; celui-ci peut dès lors, selon qu'il lui sera plus facile de prouver l'iniquité du testament à l'égard de son père ou à son propre égard, choisir entre l'action transmise par son auteur et l'action qui lui est personnelle. Nous n'insisterons pas sur l'inadmissibilité de cette théorie. Elle est contraire non-seulement au texte de la loi 34 au Code, mais encore à l'esprit de cette loi ; on ne saurait admettre que Justinien ait simplement voulu venir au secours des petits-fils ingrats envers leur aïeul et qui ne triompheraient pas en exerçant leur propre droit. De plus, ce système ne saurait se concilier avec la règle qui proscrivait la *successio graduum* quant aux héritiers légitimes et qui ne fut abrogée que sous Justinien. Lorsque la Nouvelle 118 eut décidé que l'hérédité légitime ne serait ouverte aux ascendants et aux collatéraux qu'à défaut de tout descendant, alors seulement le *nepos*, dont le père avait été exhéredé, put recourir de son chef à la *querela*, et trouva dans cette action une ressource précieuse dans le cas où son auteur avait été justement déshérité³.

1. DONEAU, *Comment. de jur. civ.*, XIX, C. VII, § 7 et s.

2. VINNIUS, *Select. quæst.*, lib. I, C. XX.

3. V. VANGEROW (*Lehrbuch*, II, § 480, Anm. 2).

SECTION III

CONTRE QUI LA *querela* PEUT-ELLE ÊTRE INTENTÉE ?

31. — En principe, la *querela* ne peut pas, comme la simple *hereditatis petitio*, être intentée contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore* ; elle doit être dirigée contre l'héritier institué qui a fait adition ¹, et, à son défaut, contre ses successeurs universels, voire même, dans certains cas, contre le fisc ². Toutefois, quelques textes nous montrent la *querela* dirigée contre des personnes autres que l'institué. La loi 16 § 1, à notre titre, que nous avons eu déjà l'occasion de citer, présente une exception de ce genre. Ainsi encore Tryphoninus³ suppose qu'un père ayant émancipé l'un des deux enfants qu'il a sous sa puissance, fait un testament dans lequel il exhérède le fils en puissance et omet l'émancipé. Ce dernier, par la *bonorum possessio contra tabulas*, enlève la totalité de la succession à l'héritier institué. Quant au fils exhérédé, il peut intenter la *querela* contre son frère, mais seulement pour la moitié de la succession. — Dans la loi 1 au Code, à notre titre (3, 28), les empereurs Sévère et Antonin déclarent qu'il est de toute justice d'accorder la *querela* à un fils omis dans le testament de sa mère, contre celui qui détient les biens de celle-ci en vertu d'un *fidéicommissis*.

La *querela* ne peut être dirigée ni contre les légataires ni contre les fidéicommissaires à titre particulier. Ceux-ci toutefois peuvent, pour la défense de leurs droits, intervenir au procès intenté contre l'institué. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point.

1. VANGEROW, § 478, Anm. 4.

2. L. 10 C. (3, 28.)

3. L. 20 pr., D., *De bon. p. c. t.*, 37, 4.

CHAPITRE III

Des conditions auxquelles est subordonné l'exercice de la *querela*.

32. — Le droit d'intenter la *querela* est subordonné à trois conditions :

33. — 1° Il faut que le parent qui veut exercer cette action n'ait pas, par acte de dernière volonté, reçu le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*¹. Quand le légitimaire pourra-t-il prétendre qu'il n'a pas reçu cette *quarta legitimæ partis* ? C'est là une question que nous ne chercherons pas à résoudre. Nous avons dit que nous n'exposerions pas les règles qui présidaient à la composition et au calcul de la quarte. Notre but principal est d'étudier le moyen à l'aide duquel certains parents pouvaient revendiquer en tout ou en partie le patrimoine dont les avait injustement dépouillés le testateur, et de scruter dans ses détails l'institution de la *querela*. Mais il nous faut ici rappeler en quelques mots le rôle de l'action en supplément ou *actio suppletoria* ; car, après avoir longtemps coexisté avec cette action, la *querela* dut, dans une hypothèse particulière, s'effacer devant elle.

Il faut supposer que le testateur a eu l'intention de laisser la quarte au légitimaire et qu'en fait il lui a laissé moins, soit qu'il ignorât alors l'importance de sa fortune, soit qu'il l'ait accrue par des acquisitions postérieures. En pareil cas,

1. Institutes, II, 18, *De inoff. test.*, § 6.

le droit classique¹ permettait au légitimaire non-seulement de demander le complément de la quarte, mais encore de faire, à l'aide de la *querela*, tomber le testament tout entier. Il y avait là un abus évident. Aussi, à la fin de l'époque classique, c'est-à-dire au commencement du IV^e siècle, Constantin décida-t-il que les dernières volontés du testateur seraient exécutées et qu'une action en supplément serait seule admise toutes les fois qu'après avoir laissé au légitimaire moins du quart, le disposant aurait expressément recommandé *ut quarta boni viri arbitrato repletur*². Justinien sous-entendit cette clause dans toutes les libéralités qui s'imputent sur la quarte³. Désormais celui-là seul eut le droit d'intenter la *querela* qui n'avait absolument rien reçu *mortis causa*, et l'action en supplément ou en complément de la quarte fut seule ouverte au légitimaire qui avait reçu du défunt une libéralité, si peu importante qu'elle fût. Cette action ne se distingue pas seulement de la *querela* par son but; elle en diffère encore par sa nature, par ses caractères. Ainsi :

a) La *querela* est une action réelle, une espèce de *petitio hereditatis*. L'action supplétoire est une action personnelle, une *condictio ex lege*⁴. Le légitimaire qui l'intente est traité non comme cohéritier, mais comme créancier de la succession et, par conséquent, n'est pas admis à exiger une part des biens en nature.

b) Tandis que la *querela* s'éteint après un certain délai

1. *Pauli Sent.*, IV, 5, § 7.

2. *L. 4, C. Th. De inoff. test.*, II, 19.

3. *L. 30, C., De inoff. test.*, III, 28. — D'après ce texte, il y a une distinction à faire entre le cas où le légitimaire est dans le testament expressément qualifié d'ingrat et celui où, sans pareille qualification, le testateur se borne à lui laisser une quotité inférieure à la légitime. Au premier cas, le demandeur doit prouver que le reproche n'est pas fondé; dans le second, le supplément est inévitablement dû, sans que le défendeur soit admis à prouver l'ingratitude. — *Inst., loc. cit.*, § 3.

D'après la loi 33 au *C. h. t.*, dans un cas particulier, le défendeur récalcitrant était condamné à payer au légitimaire un tiers en plus que le complément.

4. *L. unica (De cond. ex lege, D. 13, 2).*

qui sera ultérieurement indiqué¹, l'action en supplément dure le temps ordinaire des actions.

c) La *querela* ne passe aux héritiers du légitimaire que sous certaines conditions²; l'action en supplément est toujours transmissible.

d) La procédure de la *querela* est celle de l'*actio sacramenti*; l'action en supplément s'introduit d'après les règles du système formulaire.

e) La *querela* est une action *vindictam spirans*; l'action en supplément ne saurait avoir un tel caractère.

f) Le légitimaire qui a mal à propos intenté la *querela* perd les libéralités que lui avait faites le testateur; l'action en supplément, lorsqu'elle ne réussit pas, laisse intacte la disposition testamentaire faite au profit du légitimaire.

34. — 2° La *querela* n'est ouverte au parent déshérité qu'autant qu'il ne trouve, ni dans le droit civil, ni dans la législation prétorienne, aucune autre voie pour obtenir le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*. Si l'on considère que la *querela* pouvait aboutir à la rescision d'un testament parfaitement régulier, que les juges pour motiver l'annulation des dernières volontés du défunt devaient recourir à une fiction d'une hardiesse extrême, que la mémoire du testateur pouvait être flétrie, qu'enfin les héritiers institués pouvaient, suivant les circonstances, être frappés d'infamie, on comprendra que les jurisconsultes romains n'aient envisagé la *querela* que comme un moyen subsidiaire...: *nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt*³.

35. — Par application de cette règle, la *querela* est refusée :

a) Aux filles et aux petits-enfants en puissance qui-ont

1 et 2. V. le chapitre qui traite de l'extinction de la *querela*.

3. Inst., *De inoff. test.*, 2, 18, § 2.

été omis par le père de famille; car le droit civil leur offre la ressource du *jus accrescendi*, et le droit prétorien celle de la *bonorum possessio contra tabulas*¹.

b) Au fils émancipé omis par son ascendant; car il peut demander et obtenir la *bonorum possessio contra tabulas*².

c) D'après la majorité des auteurs, à l'adrogé impubère qui a été exhéredé; car il a droit à la *quarte Antonine*, et n'a jamais droit qu'à cette quarte³. C'est, dit-on dans ce système, ce que prouve avec évidence le passage suivant des Institutes (*De adopt.*, I, 11, § 3) : *Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere...* L'empereur Antonin le Pieux a voulu établir une espèce de forfait. Si l'impubère est exhéredé *cum justa causa*, il est plus favorablement traité qu'il ne le serait d'après le droit commun; car, d'après ce droit, il ne pourrait prétendre à aucune partie de la succession de l'adrogeant. Réciproquement, lorsqu'il est exhéredé *sine justa causa*, on peut sans injustice le traiter moins bien qu'il ne le serait d'après le droit commun et le réduire à la quarte. On invoque encore, à l'appui de cette doctrine, la loi 8 § 15, à notre titre au Digeste, ainsi conçue : *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis quæ et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela cum habeat quartam ex Constitutione Divi Pii...*, et de ce texte d'Ulpien on tire un argument *a fortiori*. Le jurisconsulte suppose que l'impubère adrogé était parent de l'adrogeant à un degré tel que, s'il n'y avait pas eu adrogation suivie d'émancipation, il aurait pu exercer la *querela*. Ainsi un grand-père maternel, après avoir

1. Inst., II, 13, pr., § 7, § 3. — GAIUS, II, § 124.

2. L. 23 pr., D., *h. tit.*

3. Dans ces trois hypothèses le réclamant est mieux traité que s'il exerçait la *querela*; car il n'a pas besoin d'établir l'injustice de l'omission ou de l'exhéredation.

adrogé son petit-fils impubère, l'émancipe sans juste cause, puis l'exhérède, toujours sans motifs plausibles. Cet enfant a évidemment droit à la quarte Antonine ; il n'a même droit qu'à cette quarte, puisque sa qualité de *suus heres* a disparu par suite de l'émancipation. Mais il est en même temps le petit-fils du testateur, il est légitimaire ; il peut donc, ce semble, invoquer la parenté qui l'unissait au défunt pour attaquer, par la *querela*, le testament de celui-ci. C'est cette solution qu'Ulpien repousse. A plus forte raison doit-on réduire à la quarte l'impubère qui, avant l'adrogation, était un étranger pour l'adrogeant ¹.

On peut cependant faire à cette théorie certaines objections et soutenir que l'adrogé a le droit d'exercer la *querela*. Voici ce qu'on peut dire : L'empereur Antonin le Pieux, en instituant la quarte qui porte son nom, loin de vouloir traiter l'adrogé impubère avec plus de rigueur que tout autre adopté, a eu au contraire pour but de lui créer une situation plus favorable. Il ne lui a pas retiré le bénéfice du droit commun, il a cherché au contraire à améliorer sa condition dans certaines hypothèses où les principes généraux de ce droit le laissaient sans protection, c'est-à-dire lorsqu'il est émancipé *sine justa causa* ou lorsqu'il est exhérédé *cum justa causa*. (... *si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit*... Inst., I, XI, § 3). Si ces considérations sont justes, l'adrogé exhérédé sans motifs légitimes peut, s'il le préfère, intenter la *querela*, comme tout autre adopté. Les auteurs du premier système s'appuient sur la loi 8 § 15 ; mais ils n'ont pas tenu compte de ces mots du texte : ... *citra adoptionem et emancipationem*... Si l'on donne à ces termes toute leur importance, on reconnaît qu'il s'agit dans cette loi d'un adrogé émancipé. Ulpien qui, dans cette hypo-

1. V. DEMANGEAT (*Cours de dr. romain*, I, p. 680) ; FRANCKE, cité par VANGEROW (*Lehrbuch*, II, § 252, Ann. 2.)

thèse spéciale d'une adrogation suivie d'émancipation, refuse la *querela* à l'adrogé, aurait-il décidé de même si cet adrogé avait été, lors de la mort de l'adrogeant, sous la puissance de ce dernier? Rien ne le prouve; il semble bien plutôt, par argument *a contrario*, qu'on doive alors rentrer dans le droit commun qui conduit précisément à l'admissibilité de la *querela*. On ne peut donc pas, pour refuser d'une manière générale la *querela* à l'adrogé, invoquer un texte qui vise une situation toute particulière¹.

d) La *querela* est évidemment refusée au parent qui peut venir à la succession à titre d'héritier légitime, soit à cause de la nullité du testament, soit parce que les institués ont refusé de faire addition².

36. — 3° Il faut que l'exhérédation ou l'omission ne s'explique par aucune cause sérieuse. Mais est-ce au *querelans* à prouver l'iniquité de l'exclusion, ou à l'institué à prouver que cette exclusion est méritée? Faut-il distinguer, ainsi que semble le faire une constitution de Constantin³, suivant que la *querela* est intentée par un descendant ou par un ascendant du testateur? Faut-il dire: Si le réclamant est un descendant, c'est à lui de prouver l'injustice de l'exhérédation ou de l'omission; au contraire, l'ascendant omis n'a aucune preuve à faire, l'iniquité de l'omission devant être en quelque sorte présumée? Nous ne croyons pas que Constantin ait voulu trancher ainsi par une distinction absolue la question de preuve. Il faut appliquer en cette matière la règle générale, d'après laquelle c'est le demandeur qui doit d'abord justifier sa prétention, tandis que le défendeur doit réfuter les moyens opposés par son adversaire et, de son côté, en présenter de nouveaux, s'il le juge utile. Ainsi le *quere-*

1. V. VANGEROW, *loc. cit.*

2. L. 3 § 10, D., *De inoff. test.*, V, 2.

3. L. 28 C., *h. t.* (3, 28).

lans s'efforcera de prouver que les griefs du testateur ne sont pas fondés et l'institué cherchera à établir que l'exhérédation ou l'omission n'est que la conséquence de l'inconduite ou de l'ingratitude de son adversaire. La constitution de Constantin a tout simplement pour but de dissiper un doute. Quand une mère a été omise dans le testament de son fils, on pourrait croire que cette omission n'est jamais justifiable et que l'institué devra toujours succomber. Ce serait là une opinion trop absolue; car il peut arriver que cette omission soit motivée et que le testament ne soit réellement pas inofficieux. Voilà ce que signifie la loi 28 au Code, qui ne résout nullement une question de preuve ¹.

37. — Les causes légitimes d'exhérédation ou d'omission n'étant limitativement déterminées par aucun texte, les juges jouissaient de la plus grande latitude d'appréciation. Les Centumvirs examinaient avant tout la conduite tenue par le réclamanant envers le testateur; mais ils tenaient compte aussi de sa conduite générale. Ainsi les textes considèrent comme fondée soit l'exhérédation d'un fils gladiateur par un père de condition honorable, soit l'omission d'une fille de mauvaises mœurs par sa mère ². Il y a plus : l'exhérédation d'un petit-fils pouvait être justifiée par l'inconduite de son père prédécédé ³. Nous avons dit déjà que l'enfant était responsable des fautes de son père et qu'on s'expliquait ainsi comment les Romains admettaient l'exhérédation, même à l'égard du posthume. Hâtons-nous de remarquer que Justinien eut le bon sens de répudier cette doctrine. Dans un texte de notre titre au Code ⁴, cet empereur condamne formellement une décision du jurisconsulte Paul, décision d'après laquelle une mère, qui

1. VANGEROW, § 478, 2. — MÜHLENBRUCH.

2. L. L. 11 et 19, C. h. t.

3. L. 3 § 5, *De bon. p. c. t.* (D. 37, 4).

4. L. 33 § 1^{er}, C. h. t.

avait eu à se plaindre de son mari, était autorisée à exclure de sa succession son propre fils à raison des méfaits du père : *si hoc odio fecerit mariti sui*. Justinien constate avec indignation l'iniquité de l'ancienne législation dont il rougirait d'admettre la solution : *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubesceret lex posita quam Julius Paulus in suis scripsit quæstionibus... hoc iniquum judicantes ut alieno odio aliquis prægravetur...*

38. — L'exhérédation pouvait être fondée sur l'intérêt de l'enfant. Ulpien¹ constate que souvent le père, afin d'éviter à son fils les embarras d'une succession compliquée l'exhéredait et lui laissait un fidéicommiss ou un legs considérable. Il est clair que, dans ce cas, la *querela* n'était pas admissible.

1. L. 18, *De lib. et post.*, D. 28, 2.

CHAPITRE IV

Résultats de la *querela*.

39. — Quand le *querelans* réussit à prouver que le testateur a violé l'*officium pietatis*, le testament est rescindé en totalité ou en partie.

SECTION I

RESCISION TOTALE DU TESTAMENT

40. — Il y a lieu à rescision totale du testament lorsqu'il n'existe qu'un seul légitimaire et un seul institué, ou bien encore lorsqu'il y a, soit un légitimaire et plusieurs institués, soit plusieurs légitimaires et plusieurs institués, et que la *querela* est intentée avec succès contre l'héritier ou les héritiers testamentaires par le légitimaire ou chacun des légitimaires.

41. — La sentence qui prononce l'annulation du testament entier en anéantit toutes les dispositions et donne ouverture à la succession *ab intestat*. Le *querelans* triomphant succède donc à tout l'actif et à toutes les dettes de l'hérédité, soit comme héritier, soit comme *bonorum possessor*¹. L'institué redevient, selon les cas, soit créancier, soit débiteur du défunt², de sorte que des poursuites peuvent être intentées,

1. L. 8 § 16, *De inoff. test.*, D. 5, 2.

2. L. 21 § 2, *h. t.*

des compensations peuvent être opérées de part et d'autre, soit par l'*heres scriptus*, soit par le légitimaire. Les legs, les affranchissements, fidéicommiss, nominations de tuteur, substitutions pupillaires s'évanouissent de plein droit. Les affranchissements et les legs ne seraient même pas validés en vertu de clauses codicillaires qui ordonneraient à quiconque recueillera la succession d'exécuter les dernières volontés du défunt; car le testament inofficieux est considéré par le juge qui l'annule comme étant dans toutes ses parties l'œuvre d'un fou¹.

En faisant tomber ainsi toutes les dispositions du défunt, les Romains obéissaient au principe arbitraire qui subordonne l'efficacité de ces dispositions à la validité de l'institution; mais ils n'y obéissaient qu'en violant un autre principe beaucoup plus équitable, celui qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée. Ils réputaient donc les légataires, les esclaves affranchis représentés par l'institué, et c'est ce qu'ils exprimaient en disant qu'en cette matière le juge faisait le droit². Nous verrons bientôt que, pour rendre hommage à cette règle si rationnelle qui ne reconnaît aux jugements qu'une autorité relative, les Romains ne craignaient pas de déroger à un autre principe fondamental de leur droit héréditaire, à ce principe qui défendait au citoyen de se survivre à la fois dans un successeur légitime et dans un héritier testamentaire. Il y a donc dans cette théorie des effets de la rescision du testament inofficieux des contradictions qu'il est difficile d'expliquer, mais qu'il peut être intéressant de signaler.

42. — Dans la loi 8 § 16 à notre titre, Ulpien, après avoir résumé les effets qu'entraîne l'annulation totale du testament, se demande ce qui arrive lorsque les legs compris dans ce

1. L. 13, h. t., D.; L. 36, *De leg.* (D. 32).

2. L. 17 § 1^{re} h. t., D.; L. 14 pr. *De appellat.* (49, 1).

testament ont été payés. Qui aura le droit de les répéter? Pour qui seront les risques de l'insolvabilité des légataires? Le jurisconsulte répond: *Sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit aut ab eo qui obtinuit*. Les legs seront donc réclamés soit par l'institué, soit par le légitaire qui a obtenu gain de cause; et pour savoir dans quel cas ils seront répétés par l'un, dans quel cas l'autre pourra se les faire restituer, il faut appliquer les principes qui régissent la *petitio hereditatis*, et notamment les règles édictées par le sénatus-consulte Juventien¹. On arrive ainsi aux solutions suivantes. L'institué était-il de bonne foi et a-t-il payé les legs avec des biens héréditaires *ante motam controversiam*, il n'est tenu que de restituer le reste de l'hérédité au légitaire victorieux. C'est ce dernier qui poursuivra les légataires à l'aide de la *condictio indebiti* que l'institué lui cédera en le constituant *procurator in rem suam*. Ulpien, dans la loi précitée, fait remarquer que cette *procuratio* devint superflue quand un rescrit d'Adrien eut permis au légitaire d'intenter directement contre les légataires une *condictio indebiti utilis*. — Si pour payer les legs, l'*heres scriptus* a puisé dans son propre patrimoine, il doit restituer l'hérédité, déduction faite de la valeur de ces legs, et transmettre la *condictio indebiti*, d'après les mêmes règles et avec les mêmes modifications que dans l'hypothèse précédente. — L'institué a-t-il acquitté les legs *post motam controversiam*? que ce paiement ait été fait avec des biens de la succession ou non, l'institué doit restituer toute l'hérédité ou la valeur de cette hérédité, sans aucune déduction. Il supporte donc les risques de l'insolvabilité du légataire, s'il ne réussit pas à se faire restituer, au moyen de la *condictio indebiti*, les valeurs qu'il leur a indûment transmises. Dès que le procès est entamé, l'institué, en payant alors les legs, se

1. L. 20 § 6, (D. *De hered. petit*, V, III).

rend coupable, sinon de fraude, au moins d'une extrême imprudence dont il doit supporter les conséquences. — La même solution doit être donnée au cas où l'*heres scriptus* a payé des legs *ante motam controversiam*, s'il était de mauvaise foi.

43. — On pourrait faire une objection aux décisions qui viennent d'être exposées : le testament étant annulé en entier, le légitimaire n'est-il pas censé avoir toujours été héritier et propriétaire des biens de la succession; n'est-ce pas dès lors la *rei vindicatio* qu'il doit intenter contre les légataires, lorsque l'*heres scriptus* a livré à ceux-ci des choses héréditaires? Non, car la rescision du testament n'a pas d'effet rétroactif, du moins dans les rapports de l'institué et des tiers qui ont traité avec lui. Ce principe, reconnu par Cujas et Pothier s'appuie d'ailleurs sur de nombreux textes du Digeste¹. L'institué a représenté le testateur depuis le jour de l'adition jusqu'au jour de la sentence, et, sauf l'obligation qui lui incombe de restituer au légitimaire les valeurs héréditaires, obligation plus ou moins étendue selon qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi, tous les actes qu'il a faits doivent être respectés.

44. — Par exception à la nullité des dispositions testamentaires, les affranchissements fidéicommissaires subsistent toujours, comme n'étant pas l'œuvre du testateur seul, mais à la charge pour les affranchis de payer au *querelans* 20 sous d'or, prix moyen d'un esclave². Tout affranchissement, fût-il direct, est maintenu à la même condition, quand la *querela* a été exceptionnellement admise après cinq ans *ex magna et justa causa*³. Tout autre legs subsiste sans indemnité si les

1. LL. 23 pr., 32, 33 pr., 25 § 17 *in fine*, 31 § 5, 31 pr. *in fine* au Digeste, *De hered. petit.* V, 3; L. 66, D., *De jure dotium* (23, 3). — GAIUS, II, § 30. — Instit., II, 4, § 2.

2. LL. 9, 26, *h. t.* (D., V, 2).

3. L. 8 § 17, D. — L. 4, C., *h. t.*

plaignants n'ont été omis que par suite de l'ignorance où se trouvait le testateur sur leur existence¹. Enfin, comme la doctrine, d'après laquelle les affranchissements et legs sont annulés, pourrait encourager une collusion coupable entre l'institué et le *querelans*, on ne l'applique pas lorsque l'institué ne s'est pas présenté pour défendre à l'action; et alors même qu'il défend, on permet toujours aux légataires et aux esclaves affranchis soit d'intervenir dans l'instance, soit d'interjeter appel de la sentence qui rescinde le testament inofficieux².

Il va de soi que les donations *mortis causa*, les donations entre vifs et les constitutions de dot, faites par le défunt en faveur de l'institué, ne sont pas atteintes par la *querela*, surtout si elles n'ont par elles-mêmes aucun caractère inofficieux³.

SECTION II

RESCISION PARTIELLE DU TESTAMENT INOFFICIEUX⁴; SES EFFETS

45. — Que la *querela* puisse aboutir à la rescision partielle du testament inofficieux, c'est ce qui résulte incontestablement des principes suivants, fondés sur des textes précis:

A) Celui qui intente la *querela* ne peut obtenir plus que ses droits d'héritier légitime. (L. 19, D., *h. t.* : *filia præterita id vindicare debet quod intestata matre habitura esset* ... —

1. L. 28, D., *h. t.*

2. L. 9 § 14, D., *De appellat.* (49, 1); L. 29 pr., D., *h. t.*; L. 14 pr., *De appellat.*

3. L. 11, D., *h. t.* — Sur les effets de la rescision totale : VANGEROW, II, § 479 Ann. 2.

4. Nous avons emprunté à Vangerow (*Lehrbuch*, II, § 479) l'ordre méthodique qu'il a suivi dans l'étude de cette difficile matière.

L. 8 § 8, *eod.* : ... *non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*... — L. 17 *eod.* : *et ideo universam hereditatem non recte vindicasset*... — L. 27 § 3, *eod.* : *pro portione*¹.)

B) Si le *querelans* a droit à toute la succession *ab intestat*, le testament sera rescindé en entier. Mais s'il n'a droit qu'à une part de cette succession, le testament ne doit être rescindé que jusqu'à concurrence de cette part (L. 19 cit. : *Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur*...).

C) Si, dans cette dernière hypothèse, le testament qui n'aurait dû être annulé que partiellement, vient à être rescindé totalement par suite de l'erreur des juges et de la négligence de l'institué, la succession *ab intestat* s'est ouverte. (L. 19 cit. : *Ceterum si quis putaverit filia obinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem*...) Il en est de même quand une personne, qui n'avait aucun droit à la succession *ab intestat*, obtient, par suite d'une erreur, la rescision du testament entier. (L. 6 § 1, *h. t.* : *Si quis ex his personis quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, nemo eum repellit, et casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem; nam intestatum patrem familias facit*...) — Mais une solution différente s'impose dans l'hypothèse prévue par la loi 25 § 1. *h. t.* Une personne qui n'est point en ordre utile pour succéder *ab intestat* intente la *querela* contre l'un seulement des institués et triomphe. Le testament n'étant rescindé que partiellement, le demandeur conservera au détriment des véritables héritiers la portion de succession qu'une erreur du juge lui a fait obtenir.

46. — Ainsi le testament inofficieux pouvait subsister en partie. Mais avant de parcourir les textes fort curieux et fort

1. V. *infra* l'analyse de la loi 19.

difficiles qui présentent des applications de ce principe, il nous faut aller au-devant d'une objection grave et que nous avons déjà laissé pressentir. A Rome, la même personne ne pouvait jamais laisser à la fois une hérédité testamentaire et une hérédité légitime. On mourait ou entièrement *testat* ou entièrement *intestat*, ainsi que l'exprime une règle célèbre et qui constitue une des particularités les plus remarquables du droit successoral romain : *Nemo partim testatus, partim intestatus mori potest*¹. Cette règle ne s'oppose-t-elle pas à ce qu'au cas d'annulation partielle d'un testament inofficieux des héritiers testamentaires viennent en concours avec des héritiers légitimes ? Ne devrait-on pas dès lors raisonner ainsi : L'effet de la *querela* est de faire réputer le *de cuius* mort sans *factio testamenti*, mort *intestat*; la succession légitime est ouverte et cette succession doit appartenir tout entière au *querelans* ? Cette solution serait logique. Mais elle est formellement rejetée par les textes ; et il faut reconnaître que les Romains ont, en cette matière, écarté l'application de la maxime précitée, afin de faire prévaloir le principe équitable de l'autorité relative de la chose jugée. C'est ce qui ressortira de l'analyse suivante.

47. — Il pouvait y avoir lieu à rescision partielle du testament dans trois grandes hypothèses qui se subdivisent elles-mêmes en plusieurs autres.

1° Il se peut que, parmi les institués attaqués par le *querelans*, un ou plusieurs ne soient pas condamnés ; c'est ce qui arrivera dans les cas suivants :

a) Le *querelans* n'a pas attaqué tous les institués. (L. 25, § 1, *cit.*)

b) Le testateur a omis son frère et institué deux personnes, l'une *honesta*, l'autre *turpis* ; celle-ci seule étant réputée ins-

1. Instit., II, 14, § 5, *De hered. instit.* — Les commentateurs ne sont pas d'accord sur l'origine de cette règle.

titude *contra officium pietatis*, le frère omis n'obtiendra la rescision que pour moitié. (L. 24, D. — L. 27 C.)

c) Parmi les institués se trouve un héritier *ab intestat* inscrit sur le testament pour une part suffisante à le remplir de sa légitime, ou bien inscrit seulement jusqu'à concurrence de sa légitime. Le testament subsistera pour partie, puisque le *querelans* ne peut réclamer que ses droits d'héritier *ab intestat*. (L. 19, *h. t.*) — Cette loi 19 est la célèbre loi *Mater decedens*, citée par Paulon parmi les *leges de iustitia*. Elle mérite un commentaire spécial :

L. 19, de Paul.

TRADUCTION.

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filium unum ex quadrante, alterum præterit, hoc de inofficioso egit, et obtinuit: quæro, scriptæ filie quomodo succurrendum sit? Respondi: filia præterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest eam, quæ omisso est, etiamsi totam hereditatem (ab intestato) petat, et obtineat, solum habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiat, agendo de inofficioso. Præterea dicendum est, non esse similem omittenti eam quæ ex testamento adiit, et ideo ab extraneo semissem vindicandum: et defendendum, totum semissem esse inferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur:

Une mère ayant deux filles a institué un héritier étranger pour les trois quarts de sa fortune, une de ses filles pour un quart et omis l'autre fille. On demande à Paul quelle sera la situation de la fille instituée. Voici la réponse du juriconsulte : La fille omise doit revendiquer ce qu'elle aurait eu si sa mère fût morte sans testament. On pourrait donc dire que cette fille, ayant demandé toute l'hérédité *ab intestat* et triomphé, aura seule toute la succession, comme si sa sœur eût répudié l'hérédité. Mais il est impossible qu'en attaquant le testament, elle triomphe contre sa sœur. On ne peut assimiler cette dernière qui, instituée, a fait addition à quelqu'un qui aurait répudié. La fille omise doit donc demander la moitié à l'étranger institué, et on peut soutenir que toute cette moitié doit être enlevée à cet étranger.

licet quasi furiosæ judicium ultimum ejus damnetur. Ceterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem : nec enim quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam (quidem) nescit sibi deferri : cum et hi, qui sciunt, jus suum eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant : quod evenit in patrono, qui judicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est : is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem præteritam vindicare : cum rescisso testamento, etiam institutæ saluum jus sit adeundæ hereditatis.

comme appartenant à cette fille. D'après cette théorie, le testament n'est pas infirmé en entier ; la défunte devient *intestate* pour partie, bien que ses dernières volontés soient condamnées comme provenant d'une insensée. D'ailleurs, si on est d'avis que la victoire de la fille omise doit aboutir à la rescision totale, il faut admettre que l'instituée pourrait toujours faire adition *ab intestat* ; car l'héritière qui a fait adition en vertu d'un testament qu'elle croyait valable, ne peut être considérée comme ayant répudié l'hérédité *ab intestat* qu'elle ignore lui être déférée. Ceux qui optent pour un droit qu'ils pensent leur appartenir, ne perdent pas leur véritable droit. Ainsi le patron qui, mû par une fausse opinion, a accepté le testament de son affranchi, n'est pas considéré pour cela comme ayant répudié la *bonorum possessio contra tabulas*. D'où il résulte que la fille omise n'a pas le droit de revendiquer toute l'hérédité, puisque, en supposant la rescision totale du testament, l'instituée aurait toujours le droit de faire adition à l'hérédité.

Voici ce qui semble résulter de ce texte. La fille instituée ne peut se plaindre, puisqu'elle a plus que sa légitime. La *querela* n'est ouverte qu'à la fille omise. Celle-ci exerce l'action, réussit et aboutit, paraît-il, à faire annuler le testament tout entier et ouvrir la succession *ab intestat*. Ce qui

préoccupe le jurisconsulte Paul, c'est la façon dont on viendra au secours de la fille instituée qui avait fait adition en vertu de son institution, et semblait ne pouvoir arriver à la succession désormais déferée *ab intestat*. Le point de départ de Paul est celui-ci : la fille omise ne peut revendiquer l'hérédité que dans la mesure de la part qu'elle aurait prise dans la succession *ab intestat*; cette part est de moitié de la succession. Pour se procurer cette moitié, il n'est pas nécessaire de toucher à l'institution faite au profit de la sœur ; car cette institution n'est même pas égale à la part de cette dernière dans la succession légitime. Il suffit de réduire à trois douzièmes l'institution de l'étranger. Telle était fort probablement l'opinion personnelle de Paul ; d'après lui, l'affaire devait se terminer par un partage entre les héritiers testamentaires et la fille omise, celle-ci devant prendre, par suite de la rescision partielle du testament, une moitié de la succession à titre d'héritière légitime. — Mais d'un autre côté, le texte rapporte que la fille omise avait revendiqué la totalité de l'hérédité et avait réussi. Aussi pensait-on que, à la suite de cette décision, la fille instituée devait rester étrangère à la succession, de même que si elle avait omis de se porter héritière. C'est cette solution que le jurisconsulte cherche à combattre. D'après lui, on ne peut considérer comme renonçant à la succession la personne qui a fait adition en vertu d'un testament, et si l'on admet que la succession *ab intestat* est ouverte, la fille instituée ne peut en être exclue.

Évidemment, l'opinion de Paul est seule conforme aux principes, et si le tribunal des Centumvirs avait admis la prétention de la fille omise qui revendiquait toute la succession, cette décision n'avait pu lui être inspirée que par une erreur.

Une dernière observation doit être faite. Le texte ne se préoccupe pas de la situation de l'étranger institué. L'opinion

de Paul étant admise, il semble que la portion de cet étranger, le quart de la succession, doive lui rester. Nous n'aurions pas soulevé cette question si Cujas¹ n'avait, sur ce point, admis une solution singulière. D'après lui, la fille omise, ne pouvant prétendre qu'à une moitié, c'est la fille instituée qui obtiendra, outre le quart qui lui est dévolu par le testament la part de l'étranger, de sorte que la même personne succédera au défunt partie *ex testamento*, partie *ab intestat*! Mais cette dernière situation ne saurait se concevoir en droit romain. De plus, l'effet logique de la *querela* n'est-il pas de faire obtenir à la fille omise ce qu'elle aurait eu si sa mère n'avait pas testé? Or, cette part n'eût été que de la moitié de l'hérédité. Le testament reste donc valable pour le quart restant, et l'étranger conserve ce quart en vertu de l'institution. Enfin Paul n'aurait certes pas passé sous silence cette attribution du quart à la fille inscrite, puisque, d'après le texte même, il ne s'occupe que des intérêts de cette dernière. Si au contraire le quart reste à l'étranger, il est tout naturel que Paul n'ait pas envisagé cette face de la question.

d) Le *querelans* a attaqué tous les institués, mais n'a réussi que contre quelques-uns d'entre eux. Dans ce cas encore, il y a rescision partielle du testament. Papinien, dans la loi 15, § 2, à notre titre, suppose qu'un fils exhéredé ayant agi contre deux héritiers institués, a réussi à l'égard de l'un et succombé à l'égard de l'autre. Pour expliquer cette diversité de décisions, il suffit de rappeler ce qui a été dit de l'organisation du tribunal centumviral, et la division de cette juridiction en plusieurs chambres à chacune desquelles pouvait être dévolu l'examen de la *querela* en ce qui concernait tel ou tel institué. — Quoi qu'il en soit de ce point, Papinien

1. CUJAS, *Comm. ad Papin. quæst.* — L. b. XIV, *ad legem* 15 § 2, D. *De inoff. test.* V, 2. — *Ibid.* et 4^e volume des *Œuvres posthumes*, 1^{re} partie, *Comm. in tit. II De inoff. test.* V, D. *ad legem* 16.

décide que la succession appartiendra pour partie au fils qui n'a évincé que le premier institué, pour partie au second institué qui a gagné son procès; il y aura lieu entre eux au *judicium familiæ erciscundæ*. Le jurisconsulte ajoute: *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri*. Il ne faut voir en effet, dans la solution proposée, qu'un hommage rendu à ce qui est réputé être la vérité par suite des sentences contradictoires qui ont été rendues. La même remarque est faite par Ulpien dans la loi 24 précitée.

2° Il y a encore lieu à rescision partielle du testament quand la part du *querelans*, soit ordinaire, soit extraordinaire ou augmentée par l'accroissement, ne comporte pas toute l'hérédité.

a) Ainsi au même rang que le *querelans* se trouvent des personnes ayant droit à la succession *ab intestat*, mais non à la légitime; à côté de frères germains, il y a des neveux de même qualité; à côté d'un frère consanguin, il y a un frère *utérin*. On a soutenu que, dans ces hypothèses, la part des autres héritiers *ab intestat* devait accroître au *querelans*. Nous reviendrons sur ce point quand nous étudierons l'accroissement dans la *querela*. — D'après d'autres auteurs¹, le testament doit être rescindé en entier et la succession *ab intestat* doit être ouverte non-seulement pour le *querelans*, mais pour tous les héritiers *ab intestat*. Voici ce qu'on allègue à l'appui de cette opinion. Le *querelans* alors même qu'il ne revendique qu'une partie de l'hérédité, doit obtenir la rescision du testament entier *quia nemo partim testatus....*, et le juge ne peut donner gain de cause au demandeur qu'en décidant par là même que le testament entier est nul; *intestatum patrem familias facit*. (L. 6 § 1, *h. t.*)

Mais si ce système était applicable à notre hypothèse,

1. HUSCHKE, PUCHTA, SINTENIS cités par VANGEROW au § 479.

pourquoi ne pas décider dans le même sens lorsque, par exemple, le demandeur n'a attaqué qu'un des institués. Dans ce cas aussi, le *querelans* demande que la succession *ab intestat* lui soit ouverte, et ce résultat ne devrait se produire que par l'annulation du testament entier. Au contraire, les auteurs que nous combattons n'admettent, dans cette dernière hypothèse, que la rescision partielle du testament *quia res judicata juxta inter partes facit*. Mais alors où est la raison de décider autrement dans l'espèce que nous avons prévue? La justesse de notre solution résulte d'ailleurs avec évidence de la loi 19 analysée précédemment. Parmi deux héritiers qui viendraient à la succession, un seul a le droit d'intenter la *querela: quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur*.

b) De plusieurs légitimaires, l'un est justement exhéredé ou rempli de sa légitime. On a encore essayé de soutenir que dans cette hypothèse le testament devait être annulé en entier. Mais le principe de l'effet relatif de la chose jugée s'oppose à cette solution. (L. 8 § 8, *h. t.* — L. 16 pr., *eod.*)

3° Enfin, il y a lieu encore à rescision partielle du testament quand, de deux légitimaires, l'un réussit dans sa demande et l'autre échoue. (L. 16 pr., *h. t.* — L. 29 pr., *De except. rei judic.*, 44, 2.

48. — Dans ces hypothèses où il ne s'opère qu'une rescision partielle du testament, le *querelans* devient le cohéritier de l'institué dont le droit subsiste; de là, l'indivision des choses corporelles qui cessera soit par un partage amiable soit par l'entremise du juge de l'action *familiæ erciscundæ*; de là le partage de plein droit des créances et des dettes¹. Les legs et fidéicommisses ne sont dus que par l'héritier testamentaire; mais ils subissent une réduction proportionnelle à la

1. L. 15 § 2, *h. t.*, D.

la part héréditaire acquise au *querelans*¹. Si le legs a pour objet une chose indivisible, par exemple une servitude pré-diale, le légataire ne pouvant l'obtenir pour partie, demandera la valeur de la portion pour laquelle il n'est pas annulé; mais le *querelans* reste libre de consentir à l'établissement de la servitude moyennant indemnité, et cette offre ne peut pas être refusée par le légataire². — Quant aux affranchissements, ils sont maintenus; car la liberté est indivisible. Mais ils ne sont validés qu'à la charge pour les esclaves affranchis de payer au *querelans* la valeur du droit qu'il aurait eu sur eux³. — Les substitutions pupillaires subsistent malgré la rescision partielle, et Cujas est d'avis que cette décision devait s'appliquer à la nomination d'un tuteur⁴.

SECTION III

DE L'ACCROISSEMENT DANS LA *querela inofficiosi testamenti*.

49. — Nous venons de constater la possibilité d'une rescision partielle du testament inofficieux. Nous avons vu que ce testament pouvait n'être annulé que jusqu'à concurrence des droits du *querelans* dans la succession légitime, et qu'alors, les parts qui, dans cette succession, seraient advenues aux cohéritiers du légataire victorieux, demeureraient entre les mains de l'institué. Dans les hypothèses que nous avons parcourues, notamment lorsque les cohéritiers du plaignant ne sont pas eux-mêmes dans la classe des légitimaires, lorsqu'ils ont été justement exhérédés ou bien encore quand ils sont remplis de leur légitime, on ne saurait évidemment concevoir au profit du *querelans* qui a réussi dans sa demande

1 et 2. L. 76 pr. *De leg.*, 31.

3. L. 29 pr., *De except. rei jud.*, 44, 2.

4. L. 8 § 5, *h. t.* — CUJAS, *Comm. ad Papin. quæst.*, lib. XIV; *ad legem* 15 § 2, *De inoff. test.*, V, 2.

l'application du droit d'accroissement. Pour que ce dernier résultat puisse se produire, il faut que le testateur n'ait pas valablement disposé des parts d'un ou de plusieurs légitimaires; il faut qu'en supposant le défunt mort *intestat*, il y ait eu pour tous les ayants-droit possibilité de l'ouverture de la succession *ab intestat*¹. Il faut supposer en présence plusieurs cohéritiers qui pourraient unir leurs efforts pour faire rescinder le testament inofficieux et bénéficier ensemble de la succession légitime. Mais un seul d'entre eux intente la *querela*. Les autres s'abstiennent et les motifs de cette abstention sont la renonciation expresse ou tacite, le décès de l'un ou de quelques-uns des ayants droit. Le *querelans* qui a seul agi et qui a réussi dans son entreprise pourra non-seulement acquérir la part qui lui serait échue si la succession se fût ouverte *ab intestat* au profit de tous les appelés, mais encore joindre à cette part les portions dédaignées ou plutôt délaissées par ceux de ses cohéritiers qui pouvaient l'imiter et qui ne l'ont pas fait. Il ne s'agit donc pas ici pour le légitimaire de profiter de l'exclusion d'un cohéritier qui a vainement tenté de faire, pour sa part, annuler le testament; l'autorité relative de la chose jugée s'oppose à ce résultat, et on ne saurait se substituer dans les droits d'une personne qui est déclarée n'en pas avoir. Il ne s'agit pas davantage pour ce légitimaire de profiter de la réduction légalement imposée par le testateur à l'un de ses héritiers; car celui-ci reste pourvu de ce qui lui est dû et tient sa place dans l'hérédité testamentaire (L. 8, § 8). A l'aide de l'accroissement, le *querelans* qui a triomphé dans sa demande, s'attribue la part d'un légitimaire qui se trouvant dans la même situation que lui, aurait pu essayer de s'ouvrir la voie à la succession *ab intestat*, mais qui, en fait, n'a pas usé de cette faculté.

1. VANGEROW (*Lehrbuch*, II, § 480, Aum. 1).

50. — Les textes qui consacrent ce droit d'accroissement sont la loi 17 pr., la loi 23 § 2, à notre titre au Digeste. Voici ce que dit Paul dans la loi 17 pr. : *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querelam movere possunt...* Ainsi quand un cohéritier renonce à intenter la *querela*, sa présence n'a pas pour effet de diminuer d'une part les droits de ceux qui agissent. Paul ajoute que, si de deux fils exhérédés, l'un a négligé d'exercer la *querela* qui a été intentée valablement par l'autre, le testament sera rescindé en entier; et qu'il faut supposer alors que les Centumvirs ont considéré le vainqueur comme étant le seul enfant laissé par le défaut.

Dans la loi 23 § 2, le même jurisconsulte Paul décide que si la *querela* a été intentée par deux fils, le désistement de l'un entraîne accroissement en faveur du frère qui a continué l'instance avec succès. Il en serait de même, ajoute-t-il, dans le cas où l'un des fils aurait laissé écouler le délai fixé pour l'exercice de la *querela*. Nous verrons qu'un délai de cinq ans est accordé aux légitimaires pour intenter la *querela*. Il faut donc supposer que le légitimaire qui prétend à l'accroissement, ayant attendu pour agir une époque voisine de l'expiration des cinq années, ce délai prend fin durant l'instance avant que les autres cohéritiers aient fait aucune diligence pour conserver leurs droits.

Les textes sont muets sur le point de savoir s'il y avait lieu à accroissement au cas de décès d'un des légitimaires. La question est, en général, résolue affirmativement par les commentateurs¹. En effet, le testateur n'avait pas disposé de la part de l'héritier décédé; l'ouverture de la succession *ab intestat* eût été possible pour ce dernier aussi bien que pour le *querelans* dont l'action a été reconnue bien fondée.

1. VANGEROW, § 480, Ann. 1, 1.

51. — Ces conditions ne se rencontrent évidemment pas dans les hypothèses autres que celles d'une renonciation expresse ou tacite ou du décès d'un des légitimaires. Aussi a-t-on vainement essayé de soutenir que le droit d'accroissement trouvait son application toutes les fois qu'un des légitimaires ayant réussi dans l'exercice de la *querela*, ses cohéritiers ne voulaient ou ne pouvaient se plaindre. D'après cette théorie, la part d'un légitaire justement exhéredé devait accroître à celle du *querelans* victorieux¹.

Les partisans de ce système prétendent le justifier en disant que la *querela*, intentée par l'un quelconque des légitimaires, aboutit nécessairement à la rescision du testament entier, et que l'héritier justement exhéredé n'a plus aucun droit à la succession *ab intestat* désormais ouverte. Les principes et les textes qui nous ont conduit à admettre, dans l'hypothèse dont il s'agit, l'annulation partielle du testament avec les effets qu'elle entraîne, contredisent formellement cette première proposition. Quant à la seconde, elle ne se soutient pas davantage. Comment, en effet, admettre que l'exhéredé ne puisse pas venir à la succession *ab intestat*, puisque de l'avis même des auteurs que nous combattons, les dernières volontés du testateur sont anéanties² ?

Presque toujours l'accroissement procurera au *querelans* qui en profite le même bénéfice que si ce droit s'était exercé dans la succession dévolue *ab intestat* ; il pourra cependant arriver que le bénéfice soit moindre³. Ainsi le testateur a partagé son patrimoine entre deux institués, dont l'un est *persona honesta* et l'autre *persona turpis*, et il a exhéredé son père et son frère consanguin. Si le père renonce, le frère aura-t-il droit à toute la part que l'ascendant aurait prise dans la succession légitime ? Non, l'accroissement lui procu-

1. MÜHLENBRUCH, THIBAUT cités par VANGEROW au § 480.

2-3. VANGEROW, § 480, Ann. 1, 1 et Ann. 2.

rera seulement cette portion du patrimoine que le père aurait, par la *querela*, enlevée à l'institué *persona turpis*.

52. — Nous avons exposé la théorie de l'accroissement; il nous reste maintenant à en faire la critique¹. Il faut bien reconnaître qu'en permettant au *querelans* qui a réussi dans sa demande de joindre à la part qu'il obtient en son nom dans la succession *ab intestat* celles des légitimaires qui ont renoncé à se plaindre ou que la mort a empêché d'agir, les juriconsultes romains ont complètement perdu de vue le caractère d'action d'injures qu'ils avaient assigné à la *querela*. A raison de ce caractère, la *querela* était, en principe, intransmissible aux héritiers, c'est-à-dire essentiellement personnelle. Et cela était logique. Conçoit-on, en effet, qu'un tiers soit admis pour son compte et de manière à recueillir le bénéfice de l'entreprise, à se porter le défenseur de l'honneur d'un autre? Or, l'accroissement n'est autre chose que la transmission de la *querela*, transmission héréditaire au cas de décès d'un légitaire, transmission volontaire au cas de renonciation ou de désistement de ce légitaire.

Objectera-t-on que, quand le cohéritier exhéredé du *querelans*, qui prétend à l'accroissement, est mort ou a renoncé à agir, il ne saurait plus être question de rechercher si l'exhéredation a été, à l'égard de ce cohéritier, injuste ou non, puisque en somme ses intérêts ne sont plus en cause? Invoquera-t-on le principe d'après lequel l'exhéredé devait être tenu pour mort? Ce serait oublier qu'à côté de la prétention que le *querelans* triomphant émet à l'accroissement, il y a le droit de l'héritier institué qui doit pouvoir s'opposer à cette extension de la *querela*, tant que la question de savoir si l'exhéredation n'avait pas été justement infligée au légitaire renonçant n'a pas été vidée. Mais la question pourra-t-elle même être soulevée? Tel est le point délicat de cette matière.

1. V. MACHELARD, *Nouvelle Revue historique* (1877).

Suffira-t-il au *querelans* qui prétend à l'accroissement de prouver qu'en ce qui le concerne, l'exhérédation est imméritée, ou devra-t-il encore, pour profiter de la part de son colégitimaire qui a renoncé à agir, justifier qu'à l'égard de celui-ci, l'exhérédation était également injuste ? La première solution nous semble inadmissible. Plaçons-nous dans l'hypothèse prévue par la loi 8 § 8. Le testateur avait le droit d'exhérer un de ses enfants. Peut-être cette exclusion est-elle inique. Mais on ne peut ériger en présomption que le père a sans motifs violé l'*officium pietatis*. On ne peut adresser ce reproche au testateur que lorsque des débats judiciaires, dans lesquels la preuve incombe au demandeur, auront démontré l'injustice de l'exhérédation. On s'écarterait de ces principes en admettant qu'une exhérédation doit être réputée inique, parce qu'à côté d'elle il y en a une qui n'est pas justifiée. Ne se peut-il pas que le défunt qui a, sans raisons sérieuses, exclu de sa succession tel enfant ait eu les plus justes motifs d'exhérer l'autre ? Si l'on ne veut pas que la double exhérédation soit l'objet d'un examen judiciaire, on n'aura aucun moyen de déjouer les collusions qui interviendront à coup sûr entre le fils légitimement dépouillé et celui qui est injustement exhérédié ; on aura privé le père du droit qu'il avait de punir un de ses enfants ; on méconnaîtra le respect dont étaient entourées à Rome les dernières volontés du chef de famille.

Nous croyons donc que le *querelans* devra prouver l'iniqité de l'exhérédation à l'égard de son cohéritier renonçant, s'il veut bénéficier de la part de succession que ce dernier aurait pu obtenir en exerçant la *querela*. Peut-être dira-t-on qu'il est bizarre qu'un débat soit possible où l'on met en question l'honneur d'une personne qui ne prend aucune part à la discussion, le point de savoir si cette personne a été exhérédiée justement ou non, quand il n'y a pour elle aucun béné-

fice à retirer du procès, quand, au contraire, il en peut résulter pour elle un préjudice sinon matériel, du moins moral. Peut-être retournera-t-on dès lors contre nous l'objection que nous avons tirée du caractère personnel de la *querela*, et de l'action d'injures à laquelle on l'assimilait. Mais ce serait à tort. Car il ne s'agit ici que de savoir si l'héritier institué a le droit de s'opposer à l'extension que l'accroissement donnerait à la *querela*. Or, ce droit nous semble incontestable. Le testament du défunt est régulier. Par suite de la volonté du testateur valablement exprimée, l'institué est investi de la partie du patrimoine dont les exhérédés sont privés; et cette volonté fait loi tant qu'il n'a pas été démontré qu'elle est contraire à l'*officium pietatis*. L'héritier institué est le représentant du défunt; il a le droit et le devoir de faire respecter les dernières volontés de celui-ci. Le *querelans*, quand il veut joindre à sa part celle d'un de ses cohéritiers qui est, jusqu'à preuve contraire, présumé avoir été justement exhérédé, demande en définitive la réparation d'une offense qui existe peut-être, mais qui, dans tous les cas, n'est pas la sienne; du moins il veut tirer parti de l'injure qu'il prétend avoir été commise à l'égard de son cohéritier. Qu'il prouve donc qu'il y a réellement injure ou offense.

En résumé, les jurisconsultes romains ont classé la *querela inoff. test.* parmi les actions *vindictam spirantes*, actions essentiellement personnelles et intransmissibles. Logiquement, ils auraient donc dû décider qu'en renonçant à se plaindre ou en se désistant, le fils exhérédé s'inclinait devant la volonté paternelle et consentait à voir sa part de succession rester entre les mains de l'héritier institué. Mais ils ne l'ont pas fait, et on peut, à ce sujet, leur adresser de justes critiques. Ils ont consacré le droit d'accroissement dans la *querela* et il faut bien, en présence de textes formels, accepter cette doctrine. Du moins ne doit-on pas aller jusqu'à

refuser à l'héritier institué la faculté d'écarter l'application du droit d'accroissement lorsqu'elle aurait pour effet d'anéantir une exhérédation justement prononcée¹.

SECTION IV

REJET DE LA *querela*.

53. — La *querela* intentée sans droit est considérée comme une injure à la mémoire du défunt. De là pour celui qui succombe la perte de toutes les libéralités que le défunt a pu lui conférer par son testament et que le plaignant a trouvées à tort insuffisantes. Les biens perdus par le *querelans* vaincu dans sa demande ne sont pas acquis à l'institué. Ils sont enlevés au plaignant pour indignité et attribués au fisc. C'est un cas à ajouter aux *pœnæ temere litigantium*. Le réclamant perd même la quarte à laquelle il aurait eu droit d'après la loi Falcidia ou le sénatus-consulte Pégasien². Mais cette confiscation suppose qu'il a agi de son propre chef, qu'il a lui-même engagé l'action et qu'il l'a suivie jusqu'au bout. Elle ne s'applique donc ni au tuteur qui a introduit la *querela* au nom de son pupille, ni au cas de décès du réclamant à l'héritier qui a continué l'action, ni enfin à celui qui s'est désisté ou qui a simplement fait défaut au jour de la sentence³.

1. Tel paraît être l'avis de Vangerow (§ 480), suivant lequel il ne peut être question d'accroissement qu'autant que la succession *ab intestat* était possible pour celui qui fait défaut; il résulte bien de cette formule que l'accroissement ne peut porter que sur les parts de ceux dont la *querela*, d'ailleurs bien fondée, n'a pas été exercée; d'où la nécessité, pour celui qui prétend à l'accroissement, de prouver que le légitimaire qui a renoncé à se plaindre avait été injustement exhéredé.

2. L. 8 § 14, *De inoff. test.* (D., V, 2).

3. Inst., *De inoff. test.*, 2, 18, § 5. — L. 30 § 1^{er}; L. 22 §§ 2, 3, 5 (D., V, 2).

CHAPITRE V

De l'extinction de la *querela*.

54. — Les différents modes d'extinction de la *querela* sont : l'expiration de certains délais, la mort ou la renonciation du légitimaire.

55. — 1° *Expiration des délais*. — La *querela* devait être intentée dans un certain délai. En cela, cette action différait à la fois de la pétition d'hérédité qui était perpétuelle et de l'action d'injures qui était annale. Le délai était, à l'origine, de deux ans¹. A une époque qu'il est difficile de préciser, peut-être pendant le III^e siècle, il fut porté à cinq ans. Les jurisconsultes classiques n'étaient pas d'accord sur le point de départ de ce délai. Justinien² nous apprend en effet que Modestin le faisait commencer au jour de la mort du testateur, tandis qu'Ulpien le faisait courir du jour de l'adition faite par l'*heres scriptus*. Cette dernière opinion était assurément la plus logique. Tant que l'institué n'a pas fait adition, il peut arriver que la succession s'ouvre *ab intestat*³, *destituto testamento*, et que dès lors la *querela* devienne inutile. D'un autre côté, l'héritier qui a l'intention d'exercer cette action doit, pour avoir un adversaire, attendre que l'adition soit faite par l'institué. Aussi Justinien adopte-t-il la décision d'Ulpien. Mais, en même temps, pour ne pas prolonger le délai outre mesure et pour fixer promptement le sort de l'hé-

1. PLINE, *Epist.*, V, I.

2. L. 36 § 2, C., *De inoff. test.*, 3, 28.

3. Inst., III, 1, § 7.

rédité, ce prince exige que l'institué se prononce dans les six mois du décès du testateur, s'il habite la même province que le légitimaire, sinon, dans l'année¹.

Par exception, le délai de cinq ans ne courait pas lorsque le légitimaire était déjà engagé dans un autre procès, où la validité du testament était mise en question et qu'il s'était réservé la *querela* comme moyen subsidiaire pour arriver à la succession *ab intestat*². Enfin, nous avons dit précédemment que la *querela* pouvait être intentée *ex magna et justa causa*; dans ce cas, si le *querelans* triomphait, les affranchissements testamentaires étaient maintenus moyennant une condition que nous avons mentionnée.

56. — 2° *Mort du querelans*. — C'est ici que s'accuse l'analogie de la *querela* avec l'action d'injures. Mais ici encore les Romains ne se sont pas conformés à une logique rigoureuse. Car les héritiers du *querelans* sont admis non-seulement à suivre l'action intentée et arrivée jusqu'à la *litis contestatio*, mais encore à l'introduire eux-mêmes lorsqu'il est constant que leur auteur est mort se préparant à le faire³.

Nous avons déjà rappelé l'innovation de Justinien qui décida que le fils exhéredé du testateur transmettrait toujours son action à ses héritiers en ligne descendante : *etsi præparatio facta non est ad querelam instituendam*⁴... Mais il faut, pour que cette transmission s'opère, que le fils exhéredé soit mort avant que l'institué ait fait adition. Certains auteurs ont, il est vrai, essayé de soutenir que cette dernière condition n'était pas nécessaire et qu'il y avait transmission alors même que l'héritier serait décédé après l'adition de l'institué. Mais cette opinion est inexacte. Dès que l'institué a fait

1. Même loi 36 § 2, au Code.

2. L. 16, C.

3. L. 6 § 2; L. 7, D., *h. t.*; L. 5, C., *h. t.*

4. LL. 34 et 36 § 2, C., *h. t.*

addition, le fils qui ne manifeste pas au moins l'intention d'attaquer le testament se rend coupable d'une négligence dont il n'y a pas lieu de prévenir les effets. Au contraire, tant que l'*heres scriptus* ne choisit pas entre les différents partis qui lui sont offerts par la loi, le fils, n'ayant pas d'adversaire contre lequel il puisse agir, est réduit à l'inaction. Si l'institué avait pris une prompte décision, le fils aurait pu, peut-être, avant d'être surpris par la mort, intenter la *querela*, et le procès commencé aurait pu dès lors être continué par les petits-enfants. Ces considérations nous semblent justifier parfaitement la condition à laquelle Justinien soumet la transmission de la *querela*. L'empereur veut que les lenteurs de l'institué n'aient pas de conséquences nuisibles pour l'enfant et la postérité du testateur. De là l'innovation contenue dans la loi 34 au Code et sa limitation à l'hypothèse particulière visée par ce texte. L'intention de Justinien ressort d'ailleurs d'une manière évidente des termes de la loi : *deliberante vero scripto herede filius decesserit... Jubemus in tali specie eadem jura nepoti dari...* Elle résulte plus nettement encore de la Constitution 36, § 2, *in fine* : ... *in medio tamen tempore, id est, a morte quidam testatoris, sed ante aditam hereditatem, si decesserit filius, hujusmodi querelam, licet se non præparasset ad suam posteritatem transmittet*¹.

57. — 3^o Renonciation du légitimaire à la *querela*. — Cette renonciation peut se présenter sous des formes très-variées. Elle peut résulter :

a) D'un désistement ou abandon de l'instance déjà engagée. Si cependant ce désistement avait été le résultat d'un dol pratiqué par l'institué, il n'empêcherait pas l'héritier de reprendre les poursuites².

1. VANGEROW, *Lehrbuch*, § 478, Anm. 3. — GLÜCK, FRANCKE, MÜHLENBRUCH. — *Contra*: MAREZOLL, ARNDTS, cités par VANGEROW.

2. L. 8 § 1^{er}, D., *h. t.* — L. 21 pr. et § 1^{er}. — L. 27 pr., D., *h. t.*

58. — b) D'une transaction intervenue entre l'héritier exhérédé et l'institué. La transaction n'était pas rangée par les jurisconsultes romains au nombre des contrats nommés. C'était un *nudum pactum* dont il ne pouvait résulter une action, mais qui donnait naissance à l'exception *pacti conventi*. Si toutefois les parties avaient, pour échanger leurs consentements, usé des formes de la stipulation, la transaction était alors sanctionnée par une action. Enfin si la décision, adoptée par les parties sur un point litigieux, avait été confirmée par une *datio* ou par un fait exécuté par l'une de ces parties, la transaction se transformait en contrat innommé. Appliquons ces principes à notre matière. Un héritier institué a transigé avec un parent du défunt, qui se préparait à intenter la *querela*; à ce parent qui a renoncé à agir, l'institué a abandonné une partie de la succession, ou payé une certaine somme, ou encore transféré la propriété d'une chose quelconque. Plusieurs hypothèses peuvent alors se présenter. Le légitimaire, sans tenir compte de la transaction, intente la *querela*; l'institué la repoussera, par l'exception *pacti conventi*; ou, s'il le préfère, il plaidera, et, qu'il gagne ou perde son procès, il redemandera ce qu'il a donné par une *condictio causa data causa non secuta*. — Pour exécuter la convention de transaction, les parties ont eu recours à une stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation; la *querela* est alors éteinte *ipso jure*¹. — L'institué a abandonné toute l'hérédité au légitimaire, à la condition que celui-ci donnerait soit une somme, soit une chose quelconque. Il a pour forcer son adversaire à remplir ses obligations ou l'action *ex stipulatu*, au cas où une stipulation serait intervenue, ou l'action *præscriptis verbis*, dans le cas contraire². — Le légitimaire a renoncé à son ac-

1. V. Inst., III, 29 § 2, et L. 18 § 1^{er}, D., *De acceptil.* 46, 4.

2. L. 33, C., *De transact.*, 2, 4.

tion à la condition que l'institué lui paierait une somme d'argent et garderait l'hérédité. Il a, pour contraindre l'institué à l'exécution de son obligation, l'action *ex stipulatu*, s'il y a eu stipulation, sinon, il faut distinguer. La *querela* est-elle éteinte par suite d'une stipulation Aquilienne suivie d'acceptilation, ou bien encore par suite de l'expiration des délais, l'obligation du légitimaire est complètement exécutée, et il peut dès lors intentar l'action *præscriptis verbis*¹. Au contraire, le droit d'exercer la *querela* subsiste-t-il encore parce qu'un simple pacte est intervenu, il n'y a aucun moyen de faire exécuter la transaction; c'est donc la *querela* que le légitimaire intentera. Cette solution est confirmée par la loi 27 à notre titre: *si instituta de inoff. test. accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur, infidiosi causam integram esse placuit*. Si toutefois, dans cette dernière hypothèse, l'institué opposait à la *querela*, dirigée contre lui, l'exception *pacti*, le légitimaire répondrait par une *replicatio docti* et obtiendrait ainsi l'exécution de la transaction².

59. — La transaction a entre les parties la même autorité que la chose jugée³; elle n'a donc qu'une autorité relative. Ainsi, tandis que le jugement rendu sur la *querela* a, contrairement aux principes généraux, un effet absolu, la transaction intervenue à propos de cette action n'a d'effet qu'entre les parties; elle n'est opposable qu'aux personnes qui l'ont conclue. Ce retour à une règle dont rien, dans la matière de la *querela*, ne justifiait la violation, s'explique ainsi. Lorsque la *querela* suit son cours, les parties intéressées au maintien du testament peuvent intervenir dans l'instance pour soutenir la validité des dernières dispositions du défunt. Elles peuvent interjeter appel de la sentence qui

1. L. 6 et L. 33, C., *De transact.*

2. L. 28, C., *De transact.*

3. L. 20, C., *De transact.*, 2, 4.

leur serait défavorable. La transaction, au contraire, se conclut en dehors de leur présence ; il est donc naturel qu'elle soit à leur égard *res inter alios acta*¹. Ainsi les légataires, fidéicommissaires, affranchis qui ne peuvent, puisque le testament subsiste, avoir aucune action contre l'héritier légitime, recourront contre l'*heres scriptus*. Quant aux créanciers, leur condition est réglée par la loi 14 au Digeste (*De transact.*, 2, 15). On accorde à ces créanciers, *propter incertum successionis*, des actions utiles et contre l'héritier institué et contre l'héritier légitime en proportion de la part de succession que la transaction attribue à chacun de ces héritiers.

60. — Il est au Code un texte qu'il nous paraît intéressant d'analyser, parce qu'il applique d'une façon saisissante les principes qui viennent d'être exposés. Ce texte est un rescrit de l'empereur Alexandre-Sévère et forme la loi 6 au Code (*De transact.*, 2, 4). Voici l'espèce prévue et la question sur laquelle était consulté l'empereur. Une femme qui se plaignait d'avoir été injustement exhéredée par son père, ou omise par un ascendant maternel, avait intenté la *querela*. Puis, dans le cours du procès, elle avait transigé avec l'institué, sous la condition que celui-ci lui abandonnerait une partie de la succession. Elle avait donc renoncé à son action ; puis elle était morte sans avoir, de son côté, reçu l'exécution de la convention. Les héritiers, dans l'hypothèse, ses enfants, pouvaient-ils reprendre la *querela* abandonnée par leur mère ? Telle est la question posée à l'empereur. — Cette question suppose évidemment que la défunte elle-même pouvait reprendre la *querela*, que, par conséquent, la transaction n'avait pas atteint son action *ipso jure* ; en d'autres termes, la mère ne s'était désistée de son action que par un simple pacte *de non petendo* (*placitis, conventioni*, dit le texte). Nous

1. L. 29 § 2, D., *De inoff. test.*, 5, 2. — L. 3 pr., C., *De transact.*

avons dit que la *querela* ne s'éteignait pas par simple pacte. — Donc les héritiers de la défunte demandent si la *querela* que leur mère encore vivante exercerait valablement leur appartient à eux-mêmes. L'empereur donne à cette question une réponse négative. Pourquoi cela? Parce que la *querela* ne se transmet activement que dans le cas où celui en la personne de qui elle est née meurt l'instance déjà pendante ou du moins se préparant à agir. Or, il est évident que d'avoir intenté la *querela* et y avoir ensuite renoncé, c'est même chose, au point de vue de la transmissibilité de l'action, que de ne l'avoir jamais exercée (L. 15 § 1, *De inoff. test.*). La conséquence de ces principes, c'est l'extinction *ipso jure* de la *querela* par suite du décès de la mère qui a transigé. Faudra-t-il donc que ce décès, anéantissant le droit des héritiers, permette à l'institué de ne pas exécuter ses obligations? Non : une action sera donnée à ces héritiers. Mais quelle action ? L'empereur distingue. Ou la mère avait stipulé l'avantage que la transaction devait lui assurer, ou elle avait négligé de faire intervenir une stipulation. Dans le premier cas, l'action *ex stipulatu* appartient aux héritiers ; la défunte elle-même n'aurait pas eu d'autre action. Dans la seconde hypothèse, lorsqu'un simple pacte — pacte de remise et pacte portant obligation — est intervenu entre les parties, le texte déclare qu'il y a ouverture de l'action *præscriptis verbis* au profit des héritiers de la mère. Comment l'empereur accorde-t-il aux héritiers une action que n'avait pas leur auteur et cela, malgré la règle *ex pacto actio non nascitur*, c'est ce que nous ne pourrions expliquer qu'en sortant de notre sujet et en empiétant sur la théorie des contrats innommés¹.

61. — c) De tout acte qui implique adhésion au testament. L'approbation du testament peut être expresse ou ta-

1. V. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés*, p. 210.

cite. Le légitimaire approuve expressément les dernières volontés du défunt lorsqu'il déclare son intention verbale-ment ou par écrit; cet écrit peut être fait sur le testament lui-même¹. L'approbation tacite résulte de tous les faits qui montrent clairement, chez le légitimaire, l'intention de reconnaître le testament. Ainsi le légitimaire accepte une libéralité que lui a faite le testateur; ou bien il reçoit une somme d'argent que lui délivre un institué ou un légataire afin d'accomplir la condition à laquelle le testateur avait subordonné le maintien de l'institution ou du legs. Toutefois, l'acceptation de l'offre faite par un légataire n'entraîne pas pour le légitimaire la perte de la *querela*², si elle intervient après l'introduction de cette action. Ainsi encore la *querela* est perdue pour l'héritier qui accepte un legs fait non pas à lui directement, mais à une personne qui est en sa puissance³. Il suffit même, pour que l'action soit refusée, que l'héritier ait simplement demandé ce qui lui était laissé par le testament⁴. Si cependant le legs dont le légitimaire a réclamé l'exécution vient à être révoqué par un codicille dont l'existence était ignorée lors de la poursuite, la *querela* peut être intentée⁵.

Le légitimaire qui devient héritier d'un légataire et demande ou reçoit à ce titre la chose léguée, est-il déchu de la *querela*? L'affirmation semble résulter de la loi 32 § 1 au Digeste, *h. t.*; et une telle solution ne doit pas paraître rigoureuse, puisque la même déchéance est encourue par le parent qui soutient comme simple avocat ou comme *procurator ad litem* la demande d'un légataire⁶. Toutefois, le tuteur exhérédé par son propre frère conserve le droit d'intenter la *querela* en son nom personnel, quoiqu'il ait accepté un legs

1. L. 31 § 4, D., *h. t.*

2. L. 5 pr., D., *De his quæ ut indignis* (34, 9); L. 8 § 10, D., *h. t.*

3. 4 et 5. L. 12 pr. § 1^{er}, § 2, C., *h. t.* (3, 28).

6. L. 32 pr., D., *h. t.*

laissé au pupille ; en accomplissant son devoir de tuteur, il n'a pu perdre ses droits de fils¹.

Le légitaire qui achète des institués tout ou partie de la succession ou qui leur paie ce qu'il devait au défunt, ou encore qui prend à loyer des terres de l'hérédité, est encore déchu de la *querela*². Mais la déchéance ne frappe pas le légitaire qui devient héritier d'une des personnes instituées dans le testament qu'il voulait attaquer. Si toutefois cet institué ayant fait adition a, avant de mourir, légué au légitaire une chose faisant partie de la succession dont celui-ci a été dépouillé, l'acceptation de ce légitaire implique adhésion au testament et entraîne l'extinction de la *querela*³.

Rappelons enfin une hypothèse intéressante prévue par la loi 12 § 3, à notre titre, au Digeste. Le légitaire et Titius étaient codébiteurs solidaires du défunt. Celui-ci a exhérédé le légitaire et légué à Titius sa libération. Comme il y avait société entre les codébiteurs, l'acceptation que Titius a exigée de l'institué a libéré le légitaire. Faut-il en conclure que ce dernier ayant bénéficié du testament est désormais non recevable à intenter la *querela*? Nullement. Car, nous l'avons suffisamment démontré, ce qui rend le testament inattaquable, ce n'est pas la simple circonstance que la personne qui voudrait le faire tomber en a retiré un profit quelconque ; c'est avant tout le fait que cette personne lui ayant donné une approbation au moins tacite, a par là même reconnu qu'il n'était pas inofficieux. Comme dans notre espèce le codébiteur de Titius a profité du testament sans le vouloir et par la conséquence forcée de l'acte d'un tiers, on ne peut évidemment prétendre qu'il a ratifié ce testament⁴.

1. Inst., 2, 18 § 4. — L. 10 § 1^{er}, D., *h. t.*

2. L. 23 § 1^{er}, D., *h. t.*

3. L. 31 §§ 2 et 3, D., *h. t.*

4. V. sur l'interprétation de la loi 12 § 3 : DEMANGEAT, *Des Obligations solidaires en droit romain*, p. 25.

CHAPITRE VI

Droit des Nouvelles

62. — La Nouvelle 115, dans ses chapitres 3, 4 et 5, ne contient pas seulement une réforme complète de la théorie de l'inofficiofité; elle opère encore — du moins nous essayerons de l'établir — une véritable fusion entre cette théorie et celle de l'exhérédation des enfants héritiers siens ou émancipés.

A) 1° Tout ascendant, père ou mère, aïeul ou aïeule, qui fait son testament, doit instituer héritiers ses descendants immédiats et leur laisser, par le moyen d'une institution, la légitime que la Nouvelle 18 a portée du quart au tiers quand le nombre des enfants ne dépasse pas quatre, à la moitié, quand ils sont plus nombreux. Ainsi Justinien veut assurer au descendant l'honneur de l'institution. D'un côté, le testateur se conforme à la Nouvelle lorsqu'il institue son descendant pour une portion héréditaire inférieure à la légitime; et, d'un autre côté, la Nouvelle est violée dès que l'institution d'héritier fait défaut, peu importe que le descendant ait reçu sa légitime¹.

2° Justinien veut éviter au descendant la honte de l'exhérédation ou de l'omission : *Sola enim est nostræ serenitatis intentio a parentibus et liberis injuriam præteritionis et exheredationis auferre* (N. 115, c. 5). Désormais l'ascendant ne peut exhéréder ou omettre son descendant que s'il peut justifier

1. VANGEROW § 434. — V. Nov. 115, c. 3 : « Sancimus igitur... » ; c. 4 : « Justum autem perspezimus... » ; c. 5 : « hæc autem disposuimus... »

l'exclusion de ce dernier par un des faits d'ingratitude dont la Nouvelle donne une énumération limitative. De plus, le testateur doit mentionner dans son testament la cause qui l'a déterminé à exclure le légitimaire.

Toutes ces règles sont applicables au testament de l'enfant. Le descendant doit instituer ses ascendants immédiats et ne peut les exclure qu'aux conditions qui viennent d'être fixées.

63. — 3° Voici quelles sont les causes légitimes d'exclusion. Il y en a 14 pour les descendants, 8 pour les ascendants, 3 pour les frères et sœurs.

Descendants. — Il y a juste cause d'exhérédation ou d'omission : si le descendant s'est rendu coupable de voies de fait envers son ascendant ; — s'il l'a gravement injurié ; — s'il a dirigé contre lui une accusation criminelle, à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'un crime de lèse-majesté ou contre la sûreté de l'État ; — s'il fréquente des malfaiteurs ; — s'il a voulu empoisonner son ascendant ou le faire mourir d'une autre manière ; — s'il a eu avec la femme ou la concubine de son ascendant des relations illicites ; — si par une délation il a fait éprouver à l'ascendant une perte sérieuse ; — s'il n'a pas cautionné son ascendant pour le faire sortir de prison, quand cet ascendant est détenu pour dettes. Par application du sénatus-consulte Velléien qui défend aux femmes d'intercéder pour autrui, cette cause d'exhérédation ne peut être invoquée qu'à l'appui de l'exclusion des descendants mâles et encore faut-il prouver qu'à l'époque de l'incarcération le descendant était capable de payer la somme due par l'ascendant ; — s'il a voulu empêcher l'ascendant de tester. Cette cause ne peut être invoquée qu'autant que l'ascendant, après avoir recouvré l'entière liberté de tester, est mort laissant un testament dans lequel il a exhéredé ou omis son enfant. S'il est mort *intestat* après avoir recouvré sa liberté, il est réputé avoir pardonné et le descendant recueille l'hérédité *ab in-*

testat. L'ascendant au contraire est-il mort *intestat* sans avoir recouvré sa liberté, Justinien décide, d'après une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (L. 2, C., 6, 34), que le descendant est indigne de succéder et que l'hérédité doit être dévolue à ceux qui y ont droit ou à ceux qui prouvent que le défunt avait l'intention de les instituer ; — s'il s'est fait gladiateur ou comédien malgré la volonté de son ascendant, à moins cependant que ce dernier n'ait lui-même embrassé l'une ou l'autre de ces professions ; — si la fille mineure que le père a voulu marier et doter se livre à l'inconduite ; — si la fille vit en concubinage avec un esclave, le père peut l'exclure, qu'il ait voulu ou non la marier et la doter, qu'elle soit majeure ou mineure ; — si l'ascendant n'a pas été convenablement soigné pendant qu'il était en état de démence ; — si l'enfant, mineur de dix-huit ans, a laissé l'ascendant captif chez l'ennemi ; — si le descendant de parents orthodoxes s'est converti à une secte hérétique.

Ascendants. — L'ascendant peut être exclu par son descendant : s'il accuse le descendant d'un crime puni de mort, à moins que le crime n'ait été dirigé contre l'État ou contre le prince ; — s'il attente aux jours de son enfant ; — s'il a des liaisons coupables avec la femme ou la concubine de son fils ; — s'il a voulu empêcher son enfant de tester ; — si l'un des ascendants attente à la vie de son conjoint ; — si l'ascendant n'a pas donné ses soins à son descendant devenu fou ; — s'il l'a laissé en captivité quand il pouvait le racheter ; — si l'ascendant d'un enfant orthodoxe se rend coupable d'hérésie.

Frères et sœurs. — Enfin les frères et sœurs, quoique le testateur leur ait préféré des personnes *non integræ existimationis*, ne peuvent pas se plaindre de l'exclusion qui les a frappés : quand ils ont attenté à la vie du testateur ; — quand ils l'ont accusé d'un crime ; — quand ils ont voulu lui faire éprouver dans ses biens un préjudice considérable. — Outre

ces trois causes, il faut encore citer l'abandon du frère fou ou captif par ses frères et sœurs, alors que ceux-ci avaient les moyens de le soigner ou de le racheter.

64. — Avant d'énoncer toutes ces causes, Justinien fait ressortir la nécessité de l'énumération qu'il va faire et il ajoute : *ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim præsentī lege comprehendere, ut præter ipsas nulli liceat ex aliā lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*. Ainsi l'empereur veut exclure toute cause d'exhérédation ou d'omission autre que celles qui sont textuellement prévues par la Nouvelle; des actes d'ingratitude qui n'auraient avec ceux que nous avons mentionnés que des analogies plus ou moins frappantes ne sauraient justifier l'exclusion d'un légitimaire. Cependant cette conclusion est repoussée par Vangerow¹. D'après cet auteur, le texte précité, pris à la lettre, signifie tout simplement que le testateur doit emprunter ses motifs d'exclusion uniquement à la Nouvelle 115 et non à d'autres lois. Ce qui est vrai, c'est que le testateur ne peut invoquer à l'appui de l'exhérédation ou de l'omission d'un légitimaire ni des motifs très-généraux tels que l'ingratitude ou l'inconduite de ce légitimaire, ni des motifs tout à fait différents de ceux qui sont énumérés par la Nouvelle; mais il est libre d'invoquer des motifs qui présentent avec ceux que mentionne la Nouvelle des analogies certaines. Ainsi le descendant peut être exhérédé non-seulement si, comme le prévoit le texte (6°), il n'a pas cautionné l'ascendant pour le faire sortir de prison, mais encore s'il a lui-même provoqué l'emprisonnement de cet ascendant, etc. — Cette solution ne nous paraît pas exacte; car les causes susceptibles de justifier l'exclusion d'un légitimaire seraient encore laissées à l'appréciation des juges; et c'est précisément

1. VANGEROW, § 484, II, B. — *Contra* : GLÜCK, MÜHLENBRUCH.

ce résultat que Justinien a voulu éviter en donnant de ces causes une énumération limitative.

65. — Le testateur ne peut évidemment invoquer comme cause d'exclusion un acte d'ingratitude, lorsqu'il a, antérieurement à la confection du testament, pardonné à l'auteur de cet acte. Mais le pardon postérieur à la rédaction du testament peut-il rendre non avenue l'exhérédation contenue dans ce testament? Non, car, outre que le maintien du testament laisse planer des doutes sur la sincérité du pardon, il est évident que la seule volonté du testateur ne peut suffire pour faire tomber des dispositions parfaitement valables¹.

66. — Dans l'ancien droit, le *querelans* devait, en principe, établir le bien-fondé de sa plainte et prouver régulièrement qu'il n'avait pas mérité l'offense que le testateur lui infligeait. Justinien décide au chapitre 4 § 8 de la Novelle 115 que c'est désormais à l'institué de prouver la réalité de la cause d'exclusion indiquée par le testateur : *et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint*.

67. — B) Quelle est la sanction des obligations nouvelles que Justinien impose au testateur? Supposons que celui-ci a exhéredé ou omis son descendant, son ascendant, son frère, mais qu'il n'a pas indiqué le motif qui l'a porté à exclure l'un ou l'autre de ces légitimaires, ou bien que la cause d'exclusion n'était pas classée parmi celles que prévoit la Novelle, ou bien encore que cette cause n'était pas conforme à la vérité. Que devient le testament? La réponse est au chapitre 4 de la Novelle² : *si autem hæc omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus; sed rescisso testamento eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari dispo-*

1. VANGEROW, § 434, II, B. 2.

2. N. 115, c. 4 § 8; — c. 3 § 14 *in fine* : « Sive igitur omnes... »

nimus, legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut aliis capitulis sicut superius dictum est suam obtinentibus firmitatem. Ainsi les institutions d'héritiers tombent, et les autres dispositions contenues dans le testament, legs, fidéicommiss, affranchissements, substitutions pupillaires, datations de tuteurs restent debout. La succession est dévolue aux héritiers qui l'auraient obtenue *ab intestat*. Quant aux exhérédations régulières que peut renfermer le testament, elles ne sauraient subsister, bien qu'on ait soutenu le contraire. Les seules dispositions dont Justinien admette le maintien sont celles par lesquelles le testateur procure à certaines personnes certains avantages. D'ailleurs, notre solution est seule conforme au principe de la Nouvelle, qui veut que le patrimoine du défunt soit partagé entre tous les héritiers qui seraient venus à la succession *ab intestat*¹.

68. — Nous avons dit que les institutions d'héritiers sont nulles. Nous voulons dire par là qu'elles sont inexistantes de plein droit, que par conséquent les héritiers n'ont plus qu'à faire valoir, à l'aide de la simple *petitio hereditatis* leurs droits à la succession *ab intestat*. L'ancienne *querela inofficiosi testamenti*, par laquelle le légitimaire obtenait la rescision du testament inofficieux, n'a dès lors plus de raison d'être. La nouvelle action (*querela* ou *actio nullitatis ex jure novo, remedium ex Novella 115*), qui n'est autre que la *petitio hereditatis*, ne s'éteint plus que par trente ans; elle n'est plus une action *vindictam spirans*, purement subsidiaire; elle est transmissible aux héritiers d'après les règles ordinaires; le légitimaire qui échoue dans la *petitio hereditatis* n'est pas privé des avantages qui lui étaient faits par le testament. — La nullité peut être invoquée non-seulement par le légitimaire exclu, mais encore par tous les autres héritiers qui

1. VANGEROW, § 485.

seraient venus à la succession légitime. Il en résulte que, dans toutes les hypothèses, même dans le cas où le légitimaire exclu contrairement aux règles de la Nouvelle est mort avant le testateur ou renonce à ses droits, la succession s'ouvre inévitablement au profit de toutes les personnes qui y seraient appelées si le défunt n'avait pas fait de testament, au profit des légitimaires justement et régulièrement exhéredés comme en faveur des héritiers qui n'ont aucunement la qualité de légitimaires.

69. — Au premier abord, cette théorie paraît parfaitement conforme au texte et à l'esprit de la Nouvelle. Elle est enseignée par la majorité des commentateurs allemands, par Vangerow¹, Heumann, Thibaut, Keller, Sintenis, etc. Mais elle est unanimement repoussée par les auteurs français, et les raisons que fait valoir l'école française à l'appui d'une théorie contraire sont tellement graves, que ce n'est pas avec une conviction complète que nous adoptons le système précédemment exposé, système dit de nullité absolue.

A notre théorie, les romanistes français opposent celle de l'inofficiosité. D'après ces auteurs, le testament qui contrevient aux règles de la Nouvelle n'est pas, comme nous l'avons prétendu, inexistant quant aux institutions d'héritier; il est simplement inofficieux, il est annulable. Le légitimaire lésé peut seul obtenir la rescision du testament et pour atteindre ce but, il doit intenter la *querela inoff. test.* qui subsiste dans la législation des Nouvelles, sinon avec tous les effets, du moins avec tous les caractères que les jurisconsultes classiques lui ont attribués. — On s'exagère singulièrement la portée de la réforme de Justinien quand on prétend que cet empereur a voulu renverser complètement l'ancienne théorie de l'inofficiosité. La Nouvelle 115 a pour but de met-

1, VANGEROW, § 435, Ann. 1.

tre les enfants et les parents à l'abri de tous les torts (*injuria*) que pourrait leur causer le testament de leurs ascendants et descendants. Elle prescrit donc l'institution à titre d'héritier; elle précise rigoureusement les causes d'exclusion et ordonne que le testament indique la cause dont la réalité doit être prouvée par l'héritier qui a été institué au préjudice du légitimaire. Mais la Novelle ne contient rien de plus. — Est-ce que Justinien n'aurait pas, avec son emphase ordinaire, constaté l'abrogation d'une institution qui était en vigueur depuis des siècles? Est-ce que les textes ne feraient pas une allusion quelconque à la disparition de la *querela*? Ces textes n'emploient-ils pas au contraire des expressions (*rescisso testamento...*) qui ne se peuvent comprendre que si cette action existe encore? et, dans le doute, en présence de termes qui sont, à la vérité, quelque peu vagues et généraux, ne doit-on pas admettre le maintien d'une institution dont on ne peut fonder l'abrogation sur aucune disposition précise? — De plus, ne méconnaît-on pas le but de la réforme quand on proclame une nullité d'une étendue qui dépasse évidemment l'intention du législateur, qui de plus est incompatible avec les principes généraux et avec l'esprit de la loi nouvelle? De quel droit prétend-on annihiler une disposition de dernière volonté dont personne ne se plaint? N'est-ce pas peut-être par délicatesse que le testateur s'est abstenu de publier les motifs qui l'ont fait agir? N'est-ce pas peut-être par prudence et par un sentiment d'intérêt bien entendu que le légitimaire exclu subit avec résignation le sort qu'il a mérité? A quel titre veut-on faire profiter d'une nullité exclusivement introduite en faveur du légitimaire irréprochable des personnes auxquelles le testateur ne doit rien, ou, ce qui est plus grave encore, des personnes qu'il a justement exhérédées; alors surtout que cette extension peut être préjudiciable au légitimaire lésé dans l'intérêt duquel la nullité est établie?

Et si ce légitimaire se résigne à subir le sort qui lui est fait par le testament, comment justifier l'intervention de personnes tierces qui, en son absence et, peut-être, malgré lui, engageront un débat dans lequel il s'agit de son honneur et de sa réputation?

70. — Ces dernières considérations ont amené quelques auteurs, qui d'ailleurs adoptent notre théorie, à restreindre les effets de la nullité de plein droit qu'ils proclament. D'après Mühlenbruch, Bluntschli, Francke, Arndts¹, la nullité du testament ou plutôt des institutions d'héritiers ne peut être invoquée que par le légitimaire lésé, et si celui-ci meurt avant le testateur ou renonce à ses droits, le testament demeure intact. C'est le système de la « nullité relative », simple modification du nôtre, système de la « nullité absolue ». Comme texte, on invoque ce passage du chapitre 3 de la Nouvelle : *nullum exheredatis liberis præjudicium generari*². Il semble bien résulter de ces expressions que seul le légitimaire exclu peut se prévaloir de la nullité.

71. — Il faut mentionner aussi un troisième système, dit « système mixte », adopté d'ailleurs par très-peu d'auteurs. D'après ce système, le testament est nul si aucune cause d'exclusion ou du moins aucune cause légale ne s'y trouve mentionnée. Il est simplement inofficieux quand la cause, d'ailleurs prévue par la Nouvelle et indiquée dans l'acte, n'est pas conforme à la vérité³.

72. — Nous écartons immédiatement ce dernier système, parce qu'il repose sur une distinction arbitraire et que le texte de la Nouvelle repousse absolument (c. 3 § 14). Qu'importe d'ailleurs que le testateur n'ait pas justifié l'exclusion du légitimaire par une des causes énumérées dans la Nouvelle,

1. Ces auteurs sont cités par VANGEROW au § 435.

2. N. 115, c. 3 § 14 *in fine*.

3. PUCHTA, *Lehrbuch*, § 193.

ou que le motif qu'il a invoqué soit contraire à la vérité? Dans ces deux hypothèses, le légitimaire est privé, sans cause, de l'honneur de l'institution; la Novelle n'est pas observée, et cette inobservation doit, dans les deux cas, entraîner des conséquences identiques, c'est-à-dire, suivant nous, la nullité de plein droit des institutions d'héritiers.

Quant au système de la nullité relative et à celui de l'infirmité, nous allons essayer de les réfuter en même temps que nous exposerons les raisons qui militent en faveur de la nullité absolue et de plein droit.

Sans entrer dans des considérations banales sur les procédés législatifs de Justinien, nous devons tout d'abord faire, à ce sujet, une remarque importante¹. Justinien est un novateur résolu. Il n'est pas, comme les Prudents ou comme le préteur, de ces réformateurs timides qui, en usant de fictions et de subterfuges, cherchent à concilier avec le progrès nécessaire un certain respect du passé. On sait que la vieille originalité romaine provoqua de sa part les plus amères railleries. Il veut affranchir la jurisprudence du VI^e siècle d'une tutelle rétrograde et il va franchement en avant, ne prenant dans la législation ancienne que ce qui était humain, rationnel, équitable, rejetant au contraire tout ce qui avait un caractère trop romain. — Or, la *querela inofficiosi testamenti* n'est-elle pas une création essentiellement arbitraire du génie romain? N'est-elle pas basée sur une de ces fictions que réprouvent le bon sens et la franchise de Justinien? N'est-elle pas exorbitante du droit commun à ce point que les jurisconsultes classiques en avaient subordonné l'exercice à des conditions multiples? Dès lors, et en présence de textes qui ne font pas à la *querela* la moindre allusion, qui ne rappellent même pas le nom de testament inofficieux, n'avons-

1. Ces considérations nous sont personnelles. Elles n'ont sans doute pas toute la valeur que nous leur attribuons; car elles n'ont été invoquées par aucun auteur.

nous pas le droit de prétendre que Justinien n'a pas dû pour sanctionner les règles nouvelles qu'il posait, maintenir dans sa législation un moyen de droit aussi détourné, aussi arbitraire que la *querela*, lorsqu'il était si simple de déclarer nul de plein droit le testament qui violerait les dispositions de la Novelle ? — Le texte d'ailleurs ne garde pas seulement sur la *querela* un silence absolu ; il semble bien la rejeter expressément¹. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter au terme du chapitre 3 pr. (*penitus non licere filium vel filiam præterire vel exheredem facere*) combinés avec ceux d'une loi à laquelle on n'attache pas, en général, assez d'importance, la loi 5, C., *De leg. et const. princ.* 1, 14 (...*hoc est ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*); et surtout aux expressions suivantes du chapitre 4 *in fine* (*nullam vim hujusmodi testamentum habere sancimus*), expressions auxquelles celles qui les suivent (*rescisso testamento*) n'enlèvent rien de leur force. — Et puis, la Novelle, après avoir déclaré nulles les institutions d'héritiers, ne décide-t-elle pas que le patrimoine du défunt sera distribué également entre tous les héritiers qui seraient venus à la succession *ab intestat*? Or, dans le système de l'inofficiosité, il faut admettre que le légitimaire exclu ne pouvant réclamer de l'institué que sa part *ab intestat*, l'institution pourra, dans certains cas, demeurer valable pour partie ; il faut admettre que les héritiers *ab intestat* pourront se partager inégalement la succession. Ainsi le testateur mort sans enfants a institué son père pour un quart, un étranger pour trois quarts et omis sa mère. A l'aide de la *querela inofficiosi testamenti*, la mère enlèvera à l'institué la moitié de l'hérédité, un quart restera à cet

1. VANGEROW, § 185.

institué et l'autre quart appartiendra au père. Or, une telle solution est absolument contraire aux dispositions formelles de la Novelle. — De plus, d'après les partisans du système que nous combattons, Justinien aurait simplement voulu déterminer les causes d'exhérédation ou d'omission dont l'existence et la réalité devaient désormais faire obstacle à l'exercice de la *querela*. Mais tout autre a été l'intention de l'empereur. Nous avons déjà dit qu'il avait eu bien plutôt pour but d'assurer aux légitimaires l'honneur de l'institution et qu'il ne fait l'énumération contenue dans la Novelle que pour permettre, dans certains cas déterminés, au testateur de priver de cet honneur le légitimaire ingrat. En réalité, Justinien n'édicte qu'une règle de forme. Car, pourvu que le légitimaire soit institué, ne fût-il institué que pour une part minime, on ne peut reprocher au testateur d'avoir contrevenu aux dispositions de la Novelle. Il est donc tout naturel que l'acte qui viole cette règle de forme soit déclaré nul de plein droit. — Et cette nullité ne peut être qu'une nullité absolue. En effet, le testateur qui ne s'est pas conformé à la Novelle 115 doit être réputé mort *intestat*. Peu importe donc que le légitimaire lésé soit mort avant le testateur, ou qu'il ait renoncé à faire valoir ses droits. La succession *ab intestat* est désormais ouverte, et à cette succession viennent naturellement tous les héritiers légitimes sans distinction. On nous oppose ce passage du chapitre 3 de la Novelle : *...nullum exheredatis præjudicium generari...* Mais qui ne voit que cette proposition ne peut être interprétée isolément et qu'elle renferme simplement le principe dont les conséquences sont développées dans la suite immédiate du texte ? Comment arrivera-t-on à mettre les enfants déshérités à l'abri de tout préjudice ? Voici la réponse : *testamento evacuato liberos ab intestato ex æqua parte pervenire*. Or, ce texte ne fait aucune distinction. Tous les enfants sont appelés à la succession. Peu

importe que le légitimaire exclu soit mort avant le testateur ou qu'il ait renoncé à ses droits.

73. — C) La Nouvelle 115 a-t-elle laissé subsister les anciennes règles de forme concernant l'exhérédation des *sui heredes* et des émancipés, et, par suite, a-t-elle maintenu les successions contre le testament? Le testateur doit-il désormais se conformer simplement aux dispositions de cette Nouvelle? Suffit-il qu'il invoque à l'appui de l'exclusion d'un *suus* ou d'un *emancipatus* un des faits d'ingratitude déterminés par Justinien? ou bien faut-il encore qu'il exhérède ces enfants *nominatim, ab omnibus gradibus*, etc., d'après les règles prescrites par la législation antérieure à celle des Nouvelles? Et si ces règles n'ont pas été observées, le légitimaire omis peut-il encore invoquer la nullité dont l'ancien droit frappait le testament, ou invoquer la *bonorum possessio contra tabulas*? Faut-il, en un mot, pour que le testament soit à l'abri de toute atteinte qu'il contienne soit l'institution du *suus* ou de l'émancipé, soit leur exhérédation formelle et motivée?

74. — Ces questions suscitent les plus vives controverses, du moins chez les commentateurs allemands; car les auteurs français ne paraissent pas s'en être occupés. Nous n'examinerons pas les nombreux systèmes auxquels elles ont donné naissance; car cet examen se rattache plutôt à la théorie de l'exhérédation. Mais comme nous pensons que Justinien a remplacé par une théorie unique celles de l'exhérédation et du testament inofficieux, nous terminerons ce travail en motivant notre opinion sur ce point et en résumant les principaux systèmes qui viennent la contredire.

75. — Deux grands systèmes sont en présence.

D'après le premier, soutenu principalement par Vangerow¹, la Nouvelle 115 a laissé subsister l'ancienne théorie de l'exhé-

1. VANGEROW, § 436, III.

rédation avec toutes ses conséquences. Les commentateurs allemands, partisans d'une terminologie souvent barbare, ont appelé ce système : système d'exhérédation (Bluntschli); de correction (Mühlenbruch); système additionnel (Puchta). Vangerow le résume ainsi :

1° Le *suus heres* ou l'émancipé n'a été ni formellement institué ni formellement exhéredé d'après les anciennes règles. Le premier pourra se prévaloir de la nullité du testament (*querela nullitatis juris antiqui*); le second demandera la *bonorum possessio contra tabulas*.

2° Le *suus* ou l'émancipé a été institué ou exhéredé suivant les formes requises par le droit ancien. Dans le premier cas, la seule action qui puisse être exercée est l'action supplétoire, si la légitime n'a pas été laissée intégralement. Dans le second cas, il faut sous-distinguer : ou bien le testateur a, conformément aux prescriptions de la Novelle, motivé l'exhérédation; le testament est alors inattaquable; ou les dispositions de la Novelle n'ont pas été observées; il y a lieu alors, non plus à la *querela inofficiosi testamenti*, mais au *remedium ex Novella* 115; il y a nullité de plein droit du testament.

76. — D'après le second système, la théorie émise par Justinien dans la Novelle 115 a absorbé d'une manière plus ou moins complète celle des successions contre le testament. De tous les moyens que le droit ancien avait donnés aux enfants pour protester contre l'exclusion, régulière ou non, dont le père les avait frappés, il n'en reste qu'un seul, le *remedium ex Novella* 115. Ce système a reçu les qualifications suivantes : système d'exclusion (Bluntschli); de dérogation (Mühlenbruch); de réforme (Puchta). Il se subdivise lui-même en trois autres :

a) Francke, Arndts, Sintenis, Keller, Van Wetter¹, Maynz²,

¹ VAN WETTER, II, § 334.

² MAYNZ, III, § 473. Les autres auteurs sont cités par VANGEROW au § 456.

soutiennent que la Nouvelle 115 a aboli, non-seulement la succession contre le testament, mais encore les formes mêmes de l'exhérédation. Il suffit que le testateur se conforme aux règles de la Nouvelle, c'est-à-dire que, s'il exclut son enfant de sa succession, il motive cette exclusion par une des causes qu'a énumérées Justinien.

b) D'après Mühlenbruch, le testateur doit encore employer les anciennes formes de l'exhérédation; mais l'inobservation de ces formes n'entraîne plus que la nullité *ex Novella* 115.

c) Enfin Puchta et Heumann sont d'avis que, depuis la Nouvelle 115, le testateur doit exhérer d'après les règles anciennes, non-seulement les *sui heredes* et les émancipés, mais encore tous autres descendants et les ascendants. La sanction de cette obligation est la même que dans le système précédent.

77. — Nous écartons tout d'abord ces deux derniers systèmes qui nous paraissent absolument fantaisistes. De deux choses l'une : ou la Nouvelle 115 a aboli complètement l'ancienne exhérédation et, par une conséquence nécessaire, les successions contre le testament; ou elle a maintenu ces deux institutions qui sont inséparables l'une de l'autre. Mais il est impossible de soutenir, dans le silence complet des textes, que l'une ait survécu à l'autre. Il faut donc opter entre le système d'exhérédation ou de correction soutenu par Vangerow, et le système de réforme ou de dérogation complète adopté par Francke, Maynz, etc. C'est ce dernier système qui nous paraît le plus exact, et voici les raisons qui nous déterminent.

La théorie ancienne de l'exhérédation et des successions contre le testament reposait sur un double principe : d'une part, le père était libre d'exhérer ses enfants (*sui heredes* ou *emancipati*), ou de les instituer pour une part quelconque de son patrimoine, mais il ne pouvait pas les omettre. Or, depuis la Nouvelle 115, il ne lui est pas plus permis d'exhé-

réder que d'omettre; l'exhérédation et l'omission sont mises sur la même ligne et prohibées l'une comme l'autre. Le père doit instituer ses enfants à moins que ceux-ci se soient rendus coupables d'un des faits d'ingratitude précisés par la Nouvelle. Il y a donc incompatibilité absolue entre la théorie ancienne et la théorie nouvelle. L'ancien droit imposait au père qui n'instituait pas certains de ses enfants l'obligation de les exhéredier dans une forme déterminée; or, Justinien veut qu'il ne les exhéredie que pour de justes motifs. L'empereur règle donc la même matière et, par suite des principes généraux, l'abrogation tacite des règles d'ailleurs surannées et fécondes en complications de toutes sortes qu'avait posées l'ancienne législation nous paraît évidente. Le maintien de ces règles entraînerait d'ailleurs des contradictions nombreuses et flagrantes; et il faudrait, pour l'admettre, méconnaître la constitution de Justinien dans ses dispositions les plus formelles. L'empereur déclare valable le testament qui exclut de la succession un *liber* indigne (c. 3, § 14 *in fine*; — c. 4, § 8); il veut donc le maintien du testament alors même que le *liber* n'aurait été exhéredé que tacitement, que l'exhérédation n'aurait eu lieu que pour une partie de l'hérédité, pour un seul degré ou bien collectivement, alors qu'en un mot toutes les anciennes règles auraient été violées. De plus, la nullité édictée par la Nouvelle ne frappe que les institutions d'héritiers et laisse debout toutes les autres dispositions contenues dans le testament. Or, en vertu des anciens principes, le *suus heres* pourrait faire tomber le testament tout entier! Enfin, certains textes des Basiliques font ressortir d'une manière frappante l'évidence de notre solution¹.

En résumé, les descendants et les ascendants ont droit à une légitime par voie d'institution d'héritier. S'ils n'ont pas

1. V. sur ce point : MAYNZ, § 473 *in fine*.

reçu une légitime complète tout en ayant été institués, ils pourront intenter l'*actio suppletoria*. S'ils ont obtenu leur légitime sans institution, ils peuvent réclamer leur part *ab intestat* d'après le droit de la Novelle 115 (*remedium ex Novella* 115). A défaut de la légitime et de l'institution, s'ils ont reçu quelque libéralité, ils réclameront soit un supplément de légitime, soit leur part *ab intestat*, *ex Novella* 115. Enfin, s'ils n'ont rien reçu, il y aura succession *ab intestat*, toujours sur le fondement de la Novelle.

Quant aux frères et sœurs, la Novelle 115 ne s'occupe pas d'eux. Ils n'ont droit à une légitime que si le testateur a institué des *personas turpes*. Ils réclameront suivant les cas, soit un supplément de légitime par l'action supplétoire, soit leur part *ab intestat* par la *querela inofficiosi testamenti* qui subsiste forcément à leur profit.

DROIT FRANÇAIS

DES ACTIONS

DESTINÉES A RÉTABLIR L'ÉGALITÉ

DANS LES PARTAGES D'ASCENDANTS

(Art. 1078 et 1079 du Code civil.)

INTRODUCTION

Il semble, si l'on considère le grand nombre de documents qui traitent des partages d'ascendants, que sur cette institution tout soit dit. Les travaux théoriques abondent sur ce sujet qui, dans ces derniers temps et surtout depuis la grande enquête agricole de 1866, a particulièrement exercé la sagacité et, il faut bien le dire aussi, l'imagination des commentateurs. D'un autre côté, en présence de textes d'une déplorable insuffisance, la jurisprudence a dû combler les lacunes de la loi ; et, pour résoudre la plupart des problèmes si délicats et si variés que devait nécessairement faire naître le fréquent usage de ce mode de partage, elle a, dans de nom-

breux arrêts, posé les principes sur lesquels le Code a gardé le silence. — Et cependant, de toutes ces décisions judiciaires tranchant à côté des questions de fait les questions de droit les plus importantes, de tous ces savants traités, la lumière n'a pas encore jailli et il n'est pas sorti encore une théorie complète, définitive, logique, une théorie qui s'impose. Dans la doctrine, les controverses continuent plus ardentes que jamais. Sur les grandes questions qui dominent la matière, notamment sur les caractères et les effets des partages d'ascendants, on est loin d'être fixé. Tel système que l'on pouvait croire abandonné est repris par les auteurs les plus récents¹ et vient de nouveau jeter l'incertitude dans les esprits. Enfin, il est fort peu de difficultés sur la solution desquelles la doctrine et la jurisprudence soient d'accord; et, quant à cette dernière, elle offre le spectacle des plus regrettables divergences.

C'est dire assez qu'en cette matière et à propos d'une institution dont le but est si essentiellement moral et l'importance pratique si grande, la discussion est toujours ouverte et, sinon toujours nouvelle², du moins toujours intéressante.

Nous plaçant à un point de vue spécial, nous voudrions étudier les moyens par lesquels la loi permet aux descendants de faire rétablir dans le partage l'égalité que l'ascendant a rompue, souvent sans le vouloir et par suite de l'incertitude inhérente aux appréciations humaines, la plupart du temps aussi à dessein et au profit d'un enfant particulièrement aimé.

En empruntant au droit romain et à l'ancien droit, sinon

1. V. au ch. 1^{er} la théorie de M. Laurent au sujet de la nature du partage entre vifs.

2. Une jurisprudence qui se renouvelle sans cesse nous permettra d'introduire dans ce travail des éléments nouveaux. C'est ainsi que nous ne citerons pas moins de trente-cinq arrêts rendus seulement depuis 1870 et dont quelques-uns, datant de 1875, 1877, 1878 et relatifs à la nature de l'action prévue par l'article 1079 et aux effets de la nullité et de la rescision des partages d'ascendants, sont fort importants.

les règles, du moins l'idée des partages d'ascendants, en accordant aux père et mère, par un privilège spécial, la faculté de faire eux-mêmes la distribution de leur patrimoine entre leurs enfants, les rédacteurs du Code civil poursuivaient surtout un but de paix et de conciliation; ils cherchaient à prévenir les dissensions et les inimitiés qu'après la mort de l'ascendant, l'indivision et le partage ordinaire ne font que trop souvent naître dans les familles. Malheureusement, le but du législateur est rarement atteint; et le partage d'ascendant, il faut bien le reconnaître, engendre finalement plus de procès qu'il n'en prévient. La faute en est souvent à l'égoïsme et à la jalousie des enfants, entre lesquels le partage même le plus judicieux et le plus égal ne réussit pas toujours à empêcher les contestations. Nos lois civiles ne disent plus, comme autrefois les *Établissements* de saint Louis : « Nulle chose n'est à garder comme d'accomplir la volonté aux morts », et il se trouve toujours quelqu'un pour persuader aux enfants que la volonté du défunt est contraire à une loi qui, d'ailleurs, insuffisante et presque énigmatique, se prête aux interprétations les plus diverses. C'est sans doute ce qui a fait dire à un jurisconsulte¹ que « là où les frères et sœurs s'aiment, le partage d'ascendant « est inutile; là où, au lieu de l'amour fraternel, règnent la « jalousie, l'envie, l'égoïsme, le père aura beau partager les « biens, il n'établira pas la concorde quand la discorde est « dans les âmes. » Mais c'est souvent aussi à l'ascendant lui-même qu'il faut attribuer l'inutilité et l'insuccès de son partage; et il n'est pas rare de voir de ces actes dont les combinaisons habilement calculées ne tendent qu'à conférer à certains enfants, au préjudice des autres, des avantages exagérés. Berlier prévoyait déjà ce danger des partages

1. LAURENT, *Principes de droit civil*, 2^e édit. t. XV, p. 7.

d'ascendants lorsqu'il disait : « Rien de plus louable que ce
« partage entre enfants non avantagés; rien de plus odieux
« entre enfants dont la condition a cessé d'être égale, parce
« que ce serait presque toujours un moyen de tromper la na-
« ture et la loi¹. » Ces inégalités excessives que peut renfer-
mer le partage d'ascendant, les enfants seront-ils obligés de
les subir ? Le législateur ne pouvait le permettre sans rendre
illusoire les précautions qu'il avait prises pour assurer aux
descendants une réserve et pour faire régner autant que pos-
sible l'égalité entre cohéritiers. Aussi a-t-il, dans les articles
1078 et 1079 du Code civil, accordé aux enfants des actions
destinées à rétablir l'égalité dans le partage et à maintenir
intacte la réserve que certaines combinaisons frauduleuses
auraient entamée. Ces articles, que nous devons particulière-
ment étudier, sont ainsi conçus :

« Art. 1078. — Si le partage n'est pas fait entre tous les
« enfants qui existeront à l'époque du décès et les enfants
« de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en
« pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit
« par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune
« part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été
« fait. »

« Art. 1079. — Le partage fait par l'ascendant pourra être
« attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra
« l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des
« dispositions faites par préciput que l'un des copartagés
« aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. »

Nous étudierons successivement l'action en nullité du par-
tage pour omission d'enfant, l'action en rescision pour lésion
de plus du quart, l'action spéciale prévue par le second para-
graphe de l'article 1079. De plus, afin de traiter complète-

1. FENET, t. XII, p. 412.

ment notre sujet, nous devons élargir quelque peu les limites de ce travail, examiner les difficultés auxquelles a donné lieu l'exercice de l'action en garantie en matière de partage entre vifs, nous demander aussi si les enfants peuvent attaquer comme inégal le partage dans lequel l'ascendant n'a pas observé les dispositions des articles 826 et 832. Nous aurons à faire valoir contre la jurisprudence qui déclare ces dispositions applicables aux partages d'ascendants les plus graves considérations juridiques, économiques et morales. Mais avant d'aborder cette partie spéciale de notre étude, nous dirons dans un chapitre préliminaire quelle est la nature du partage d'ascendant, et particulièrement du partage entre vifs. Nous devons nécessairement prendre parti dans la controverse qui s'est élevée à ce sujet et qui divise encore les auteurs; car de la théorie que nous adopterons dépendra la solution de la plupart des questions que nous aurons à résoudre.

Exposer, en nous plaçant simplement au point de vue de l'interprétation de la loi actuelle¹, quelle nous paraît être sur tous ces points la théorie la plus conforme au texte, si incomplet qu'il soit, et surtout à l'esprit de la loi; comparer aux solutions que nous aurons adoptées celles qu'on peut, au milieu des variations et des contradictions de la jurisprudence, dégager des décisions judiciaires les plus récentes : tel est l'objet de ce travail.

1. Certains auteurs (MM. Réquier, Barafort, Bonnet) dont, chemin faisant, nous noterons les opinions, pensent qu'il y aurait lieu d'introduire dans la matière des partages d'ascendants des modifications législatives. Mais nous croyons que si la jurisprudence se décidait à interpréter sainement la loi actuelle, il serait inutile de recourir à ce remède extrême. « Il y a grand doute », disait Montaigne, « s'il se peut trouver si évident proufit au changement d'une loi reçue, telle qu'elle soit, qu'il y a de mal à la remuer. » (*Essais*, I, ch. 22.)

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Du caractère juridique des partages d'ascendants.

Pour se faire une idée exacte du caractère juridique de ces actes, il faut considérer séparément les partages faits par actes entre vifs et les partages testamentaires.

1° *Du partage entre vifs.*

1. — Il est, dans le droit civil, peu de questions qui présentent autant de difficultés que celle-ci : Quelle est la nature du partage entre vifs ? et cependant il est indispensable d'être fixé à cet égard. Parmi les auteurs, il en est peu qui aient émis sur ce sujet un système exempt d'obscurités et de contradictions. Il semble même, à entendre les jurisconsultes les plus éminents, qu'il soit impossible d'arriver à une théorie logique et qui satisfasse l'esprit. Il faut en cette matière, dit M. Laurent, « se défier de ce qui est logique et simple ¹ ». D'après M. Demolombe lui-même ², « à vouloir présenter sur « cette matière une théorie tout d'une pièce, on arriverait « fatalement à des résultats contraires à la raison, à l'équité et « par conséquent à la commune intention des parties... »

2. — Tout d'abord, la jurisprudence ³ avait considéré le

1. LAURENT, *Principes de droit civil*, XV, p. 125.

2. DEMOLOMBE, *Donat. entre vifs*, t. VI, n° 135, p. 144. — V. également BONNET : *Des Partages d'ascendants*, t. I^{er}, n° 89.

3. Cass. rej. 4 févr. 1848, arrêt Meillonas. (DALLOZ, 1845, I, 49.)

partage entre vifs comme une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, donnant immédiatement naissance non-seulement aux actions qui tendent à faire exécuter le partage, telles que l'action en garantie, l'action en paiement de soultes, mais encore à celles qui ont pour but de faire annuler le partage, telles que les actions prévues par l'article 1079. Mais que d'objections ne pouvait-on pas faire à cette théorie ! Aux termes de l'article 718, la succession ne s'ouvre que par la mort ; une personne ne peut pas plus laisser deux successions qu'elle ne peut mourir deux fois ; l'unité indivisible de la personne entraîne celle du patrimoine. On violait donc des principes universellement admis et consacrés formellement par la loi quand on prétendait que la même personne peut, outre la succession qui s'ouvrira à son décès, laisser autant de successions qu'elle ferait de partages entre vifs, successions qui auraient chacune leur réserve et leur quotité disponible et qui devraient, pour l'appréciation de la lésion, être envisagées séparément. D'ailleurs, si l'abandon fait par l'ascendant constituait un partage actuel de sa succession considérée déjà comme ouverte, il devrait, sous peine de nullité, être fait au profit de tous les enfants que la loi appelle à cette succession. Or le partage entre vifs est valable, quoiqu'il ne comprenne pas tous les enfants ; et ce n'est qu'à l'époque du décès de l'ascendant, lorsque la succession s'ouvrira réellement, que le descendant omis sera fondé à réclamer¹ (art. 1078).

Un tel système pouvait être utile, il pouvait même être excellent en législation², mais comme interprétation juri-

1. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 4^e édit., t. VIII, § 728, note 2. — DEMOLOMBE, t. VI, n^o 122.

2. M. BARAFORT (*Part. d'asc.*, 1869, p. 144) voit dans un retour à la jurisprudence de 1845 qui devrait être dès lors législativement consacrée, le seul moyen d'éviter les difficultés sans nombre auxquelles les partages d'ascendants ont donné naissance.

dique du Code, il était inadmissible. Et cependant il vient d'être repris récemment par un auteur dont on ne peut passer l'opinion sous silence. D'après M. Laurent¹, « il n'y a pas
« sans doute de succession d'un homme vivant; mais cela
« n'empêche pas le législateur de permettre à l'ascendant de
« partager de son vivant ses biens entre ses enfants; or, tout
« partage suppose une succession ouverte. Peut-on partager
« ce qui n'existe pas? La succession est donc censée ouverte;
« c'est évidemment une fiction. » Il nous semble qu'il n'est pas permis à l'interprète de créer une fiction quand rien dans la loi ne l'y autorise. Et puis, comment faire la part de cette fiction et la renfermer dans de justes limites sans tomber dans l'arbitraire le plus complet? Il suffit pour s'en convaincre de parcourir quelques-uns des chapitres que M. Laurent a consacrés à l'étude des partages d'ascendants². On peut d'ailleurs reconnaître à l'acte de l'ascendant, du vivant même de ce dernier, le caractère de partage sans recourir à des subtilités fort peu juridiques.

3. — Vers 1848, sous l'influence d'une théorie nouvelle, aussi radicale en sens inverse que la précédente, il se produisit un changement complet dans l'opinion de la Cour de cassation³, changement qui devint le point de départ des plus regrettables divergences dans la doctrine et la jurisprudence. On soutint que le partage entre vifs n'était, du vivant de l'ascendant, qu'une simple donation en avancement d'hoirie. Ce partage, dit-on, renferme deux éléments, l'un actuel, l'autre éventuel. L'élément actuel, c'est la donation par laquelle l'ascendant se dépouille irrévocablement de la propriété des biens compris dans le partage. L'élément éventuel, c'est la distribution de biens; faite entre les enfants en vue

1. LAURENT, t. XV, p. 117.

2. V. p. 155 (LAURENT, t. XV).

3. Cass. rej. 30 juin 1847 (DALLOZ, 1847, I, 193).

de leur qualité d'héritiers présomptifs et pour le règlement de leurs droits successifs éventuels, elle ne revêtira le caractère de partage que pour ceux-là seuls des enfants qui, ayant survécu à l'ascendant, auront accepté sa succession. La qualité d'héritiers présomptifs des enfants pouvant s'évanouir rétroactivement par leur prédécès à l'ascendant ou leur renonciation à sa succession, ils ne sauraient, de son vivant, être considérés comme des copartagés; ils ne sont que des donataires en avancement d'hoirie¹. On conclut logiquement de ces prémisses que, du vivant de l'ascendant, les enfants, non-seulement ne peuvent attaquer le partage par voie de nullité ou de rescision (art. 1078 et 1079), mais que l'enfant auquel a été attribué une soulte ou un retour de lot, ou qui est évincé des biens placés dans son lot, ne jouit pas du privilège établi par l'article 2103, et n'est pas recevable à former contre les autres un recours en garantie. Ainsi le descendant évincé de son lot n'aura absolument rien pendant la vie de l'ascendant, et si, à la mort de celui-ci, le descendant tenu à la garantie est insolvable ou renonce à la succession, l'enfant évincé n'obtiendra rien encore!

4. — Frappé de ces inconvénients, M. Demolombe², tout en adoptant le système précédent, reconnaît aux enfants le droit d'exercer l'action en garantie et de se prévaloir du privilège de l'article 2103, du vivant même de l'ascendant. Ce que le législateur ne veut pas, c'est que les enfants puissent, avant la mort de l'ascendant, faire annuler le partage. Mais en agissant en garantie, en exerçant le privilège des copartageants, ce n'est pas l'annulation du partage que les ascendants se proposent; « tout au contraire, c'est son maintien et « son exécution qu'ils réclament, son exécution telle que « l'ascendant a entendu qu'elle devrait avoir lieu de son

1 GENTY, *Part. d'asc.*, p. 214 et s. — LYON-CAEN, *Part. d'asc.*, p. 227.

2 DEMOLOMBE, *Donations*, VI, nos 134 et 135.

« vivant même ». Ce raisonnement conduit même M. Demolombe à décider que le privilège et l'action en garantie existeront entre les enfants activement et passivement, lors même qu'ils n'accepteraient pas la succession de l'ascendant. D'ailleurs, cet auteur ne se dissimule pas qu'on pourra l'accuser de contradiction. Et, en effet, si l'acte ne revêt le caractère de partage qu'au décès de l'ascendant, il ne peut produire avant cette époque les effets du partage, ne fût-ce qu'un seul. Si, au contraire, il produit ces effets du vivant même de l'ascendant, c'est qu'il a eu dès l'origine le caractère de partage. En vain dit-on que l'obligation de garantie dérive de l'intention des parties; encore faudrait-il, pour qu'il en fût ainsi, que cette obligation eût été stipulée par une clause expresse de l'acte. Si les enfants ne sont que des donataires, ils n'ont aucun droit à l'égalité et par conséquent à la garantie accordée aux copartageants pour maintenir cette égalité. La garantie ne peut leur appartenir de plein droit qu'en vertu des articles 884 et suivants du Code civil, et si on leur applique les dispositions de ces articles, on reconnaît que, du vivant même de l'ascendant, l'acte constitue un partage et que les enfants sont des copartagés. Et si la garantie ne peut résulter de plein droit d'un acte qui ne serait qu'une donation, il est plus impossible encore qu'un tel acte donne naissance au privilège de l'article 2103. — D'ailleurs, il y a entre le partage entre vifs et la donation en avancement d'hoirie des différences incontestables. Il faut donc reconnaître, en laissant aux mots leur sens naturel, que le partage entre vifs est non-seulement une donation, mais encore un partage qui établit entre les enfants donataires des relations de copartagés, relations soit actuelles, ainsi que le pensent les auteurs dont nous allons résumer le système, soit tout au moins conditionnelles, ainsi que, pour notre part, nous essayerons de l'établir.

5. — D'après MM. Réquier¹, A. Bonnet², Colmet de Santerre³, Aubry et Rau⁴, le partage entre vifs est tout à la fois, dès le moment de sa formation, une donation et un partage actuel.

C'est une donation (art. 1076); mais par cela même que les biens donnés forment en même temps des lots de partage, cette donation ne saurait être assimilée à la donation en avancement d'hoirie. Car cette dernière doit être rapportée quand le donataire accepte la succession du donateur, tandis que le descendant n'est jamais obligé de faire à la succession de l'ascendant le rapport des biens qui lui ont été attribués par un partage entre vifs valablement opéré. De cette première différence en dérive une autre. Le père qui fait de simples avancements d'hoirie peut répartir arbitrairement ses biens entre ses enfants, donner tout à l'un, rien ou presque rien aux autres. Au contraire, l'ascendant, s'il veut qu'à sa mort son partage soit respecté, est obligé de distribuer ses biens suivant les règles prescrites par la loi; il ne doit omettre aucun de ses enfants ou descendants successibles et il est tenu d'observer l'égalité dans sa répartition (art. 1078, 1079).

C'est de plus un partage actuel (art. 1075); les libéralités faites aux descendants ne sont pas des libéralités isolées, sans aucun lien entre elles; elles ne puisent leur raison d'être que dans le partage même dont la réalisation a été pour l'ascendant le but principal à atteindre. Ces libéralités, les enfants les reçoivent non pas seulement comme étant pour chacun d'eux l'objet d'une donation individuelle faite en sa faveur, mais comme formant leurs lots de partage. Le partage n'a donc rien d'éventuel; car il est exécuté en même

1. RÉQUIER, *Part. d'asc.*, nos 91 à 100.

2. A. BONNET, *Part. d'asc.*, I, 107 et suiv.

3. COLMET DE SANTERRE, IV, 243 bis, XV.

4. AUBRY ET RAU, 4^e édit., VIII, § 728, note 2. V. aussi BERTAULD, *Questions pratiques*, II, n° 106.

temps que la donation; et dès lors il faut bien reconnaître que si, du vivant de l'ascendant, les enfants ne sont pas encore des héritiers copartagés, ainsi qu'on le pense à tort dans le premier système, ils sont tout au moins des donataires copartagés.

Mais où est le fondement de ce partage? Un partage, c'est la répartition entre plusieurs personnes d'une chose qui était indivise entre elles. De cette communauté préexistante naît le droit à l'égalité duquel dérivent tous les effets du partage, l'obligation réciproque de garantie, le privilège qui en assure l'exécution, l'action en rescision pour cause de lésion. Il fallait donc trouver une base juridique à ce partage entre codonataires, c'est-à-dire entre personnes non communistes, et sur ce point important les auteurs se divisent encore. D'après M. Colmet de Santerre¹, il faut admettre que l'ascendant a commencé par faire à ses descendants une donation collective qui les rend pendant un instant de raison copropriétaires, puis, qu'il a fait cesser l'indivision au moyen d'attributions individuelles². Mais il nous semble que c'est encore là une fiction inadmissible. Comment, en effet, reconnaître à l'ascendant le droit de soumettre à des attributions individuelles des biens dont il aurait déjà perdu la propriété? En réalité, l'ascendant partage en même temps qu'il donne; les descendants reçoivent de lui, immédiatement et en une seule fois les biens composant leurs lots. — Aussi M. Réquier³ a-t-il été chercher la base du partage dans la vieille idée romaine qui établissait une sorte d'indivision entre le père et ses enfants; et cette opinion semble avoir été adoptée, du moins implicitement, par MM. Aubry et Rau. Enfin M. Bonnet s'en tient à la conclusion suivante :

1. COLMET DE SANTERRE, *loc. cit.*

2. Tel paraît être aussi le système de M. BERTAULD (*Questions pratiques*, II, n° 110).

3. RÉQUIER, n° 116.

« C'est un partage que s'est proposé l'ascendant; les descendants sont dès à présent ce qu'il a voulu qu'ils fussent, des donataires copartagés. »

Différant d'opinions, lorsqu'il s'agit de trouver la base juridique du partage d'ascendant, ces jurisconsultes, en apparence partisans d'un même système, se séparent encore lorsqu'ils déduisent les conséquences de leur théorie. C'est alors que les contradictions se multiplient.

Suivant MM. Aubry et Rau¹, puisque les enfants sont, du vivant même de l'ascendant, des copartagés, ils pourront intenter l'action en garantie, exercer le privilège des copartageants; et, comme les droits et les obligations réciproques résultant des rapports actuels et définitifs de copartagés que le partage entre vifs établit entre les descendants qui y figurent sont indépendants de la qualité d'héritiers, il en résulte que les actions ayant pour objet l'exercice de ces droits ou l'exécution de ces obligations peuvent être formées par ou contre chacun de ces descendants, malgré sa renonciation à la succession de l'ascendant ou son exclusion comme indigne. La volonté présumée de l'ascendant et l'intention commune des parties commandent cette solution. — Mais, d'un autre côté, les enfants doivent leurs lots de partage à la libéralité des ascendants et non à un droit préexistant. Ils ne seront donc pas admis à agir en rescision pour cause de lésion, tant que la qualité d'héritier ne sera pas venue se joindre à leur qualité de donataires et de copartagés et leur donner avec toutes ses conséquences, ce droit propre et personnel à l'égalité qui n'appartient qu'à l'héritier.

Mais que de contradictions dans ce système! Si les enfants n'ont, pendant la vie de l'ascendant, aucun droit propre et personnel à l'égalité, comment peuvent-ils avoir des actions

1. AUBRY et RAU, VIII, § 728, note 2; § 733, n° 1 et note 14; § 734, note 5.

et un privilège qui supposent précisément chez les copartageants un droit préexistant à l'égalité? et si les descendants ont la faculté d'agir en garantie et d'exercer le privilège de l'article 2103, si on les traite dès lors comme des copartagés, comment ne pas leur reconnaître le droit d'agir en rescision pour cause de lésion, même avant le décès de leur auteur? A l'appui de cette distinction arbitraire entre les droits qui appartiennent au donataire copartagé et ceux que l'on ne concède qu'à l'héritier copartagé, on invoque encore l'intention présumée de l'ascendant! Mais est-ce qu'en agissant en rescision du vivant même de l'ascendant, les enfants lésés ne se fonderaient pas également sur cette intention présumée de leur auteur; est-ce que ce n'est pas « au respect même de cette volonté qu'ils rappelleraient en poursuivant la réparation d'une erreur qui la vicie dans ses conséquences »¹? Et puis, si le partage anticipé n'a d'autre but, ainsi qu'on le reconnaît généralement, que de prévenir et de remplacer le partage ordinaire fait après décès, comment maintenir en faveur et contre un enfant renonçant l'action en garantie et le privilège? Est-ce qu'en l'absence de partage anticipé le descendant qui renoncerait à la succession de l'ascendant pourrait exercer une action en garantie ou être actionné pour la même cause? Si les enfants n'ont de droit propre à l'égalité que lorsqu'ils deviennent héritiers, qu'on suspende donc la qualité de copartagés, avec toutes ses conséquences, jusqu'au décès de l'ascendant, et qu'on revienne au premier système. On ne sera pas dans la vérité, mais du moins on sera logique.

Faut-il continuer à relever les contradictions commises par les auteurs qui voient dans le partage entre vifs un partage actuel? Lorsque nous aurons dit que M. Colmet de Santerre

1. COLMET DE SANTERRE, IV, n° 247 bis, XII.

accorde aux descendants le droit d'agir en garantie et en rescision pour cause de lésion, d'exercer le privilège des copartageants du vivant de l'ascendant, et reconnaît le même droit aux enfants qui renoncent à la succession; — que M. Bertauld, au contraire, refuse aux descendants, tant que l'ascendant vit, non-seulement l'action en rescision, mais l'action en garantie et le privilège, ne leur laissant que l'action en paiement de soultes et une action résolutoire comme sanction de la créance de soultes, adoptant de plus, au cas de renonciation des enfants à la succession, la solution précédente; — que M. Réquier, tout en reconnaissant aux descendants la faculté d'agir en garantie et d'exercer le privilège du vivant même de l'ascendant, en accordant cette même faculté aux enfants qui renoncent, décide que l'action en rescision naît dès l'instant où la donation-partage est faite et acceptée, mais qu'elle ne peut être exercée qu'au décès de l'ascendant; — qu'enfin M. Bonnet refuse et l'action en garantie et le privilège et l'action en rescision tant que l'ascendant vit encore, mais les accorde, après la mort de ce dernier, même aux enfants renonçants; — nous pourrions nous écrier avec M. Bertauld¹ : « Quelle variété de systèmes ! que d'anarchie dans les solutions ! la logique n'a-t-elle pas chancelé ?... l'institution moderne du partage entre vifs n'a-t-elle pas une simplicité et une unité que les interprètes du Code ont eu peine, à travers leur érudition, à percevoir ? »

6. — Voilà où en est actuellement la doctrine au sujet de la question que nous examinons et qui domine, de l'avis de tous les auteurs, la matière du partage d'ascendant. Est-il donc impossible de trouver, sur les caractères du partage entre vifs, un système logique, suivi, et qui s'adapte en même temps aux nécessités de la pratique ? Nous ne le croyons pas.

1. BERTAULD, *Questions*, II, n° 114.

Ne pourrâit-on pas dire (nous employons à dessein une forme dubitative) que ce partage est un ensemble de donations qui revêt conditionnellement le caractère de partage; qu'entre les descendants il y a, dès l'instant où l'acte est fait et accepté, des rapports de copartagés sous la condition suspensive que ces descendants acquerront, au décès de l'ascendant, la qualité d'héritiers; d'où l'on concluerait que la condition venant à se réaliser, le partage aura rétroactivement effet du jour de la donation, et que, *pendente conditione*, les copartagés pourront faire tous les actes conservatoires de leur droit (art. 1180), par exemple, inscrire leur privilège de copartageants? Développons quelque peu cette proposition.

Pourquoi le législateur a-t-il, dans les articles 1075 et 1076, concédé aux ascendants un droit parfaitement distinct de celui qu'a toute personne de disposer de son patrimoine par simple donation ou simple testament? la réponse ne serait-elle pas celle-ci? C'est parce que les enfants sont des héritiers, ayant une qualité particulière, celle de réservataires. Que l'on compare un instant la position de l'ascendant vis-à-vis de ses enfants à celle d'une personne qui n'a pas d'héritiers réservataires. Cette dernière n'a-t-elle pas, en dehors du partage, toute facilité pour empêcher l'indivision de se produire à sa mort entre ses héritiers présomptifs? ne pourrait-elle pas épuiser sa succession par des donations (ou des legs), donner tout aux uns, rien aux autres? et si elle peut cela, où serait le fondement de son droit à faire un partage entre ses héritiers? car, en définitive, le partage présuppose l'indivision ou tout au moins un droit à une part indivise que le partage transforme en un droit à une part divisée. Les héritiers autres que les réservataires n'ont que des espérances qui ne sauraient servir de fondement à un partage. Les enfants, au contraire, ont plus que des espérances; ils ont une réserve, c'est-à-dire un droit à une part indivise, une sorte de copropriété dans le

patrimoine de leurs père et mère, droit, copropriété qui n'existent, il est vrai, qu'en germe tant que vivent les ascendants, mais que ceux-ci ne peuvent pas, par des donations (ou des legs) ordinaires, empêcher de naître et de s'exercer après leur mort sur tout leur patrimoine. C'est précisément à cause de l'impossibilité où la réserve les met de disposer de leurs biens d'une manière définitive, par voie d'attribution directe en faveur de leurs enfants, que les ascendants peuvent joindre à la donation qu'ils font de leur vivant, un partage, c'est-à-dire un acte de distribution destiné à remplacer celui que les héritiers réservataires auraient nécessairement effectué plus tard, un acte qui transforme le droit indivis que ces héritiers ont en germe et qu'ils exerceraient à la mort de leurs parents, en un droit certain et déterminé, un acte qui, par conséquent, doit établir entre ceux au profit desquels il est fait des relations différentes de celles qui peuvent exister entre de simples donataires. — Le fondement et la raison du partage d'ascendant, c'est donc le droit des héritiers à réserve. Mais encore faut-il que ce droit se réalise, c'est-à-dire que les enfants deviennent héritiers; tant que la qualité d'héritiers est en suspens, le caractère de partage est en suspens, absolument comme au cas d'une vente sous condition suspensive, le droit de l'acquéreur existe et sa qualité de propriétaire aussi, mais suspendus par une condition. D'où il résulte que la condition venant à s'accomplir, le partage aura rétroactivement effet du jour de la donation¹ et que, *pendente conditione*, les copartagés pourront faire tous les actes conservatoires de leurs droits. (Art. 1179, 1180.)

7. — Dès lors les descendants auront-ils, durant la vie de l'ascendant, l'action en paiement des soultes, l'action en garantie au cas d'éviction et le privilège des copartageants?

1. Nous concluons plus tard de ce système qu'il faut, pour apprécier s'il y a lésion de plus du quart, estimer les biens d'après leur valeur à l'époque de la donation-partage.

pourront-ils incrimer ce privilège et de quelle époque prendra-t-il rang? Il est généralement admis que l'action en paiement des soultes peut être exercée immédiatement par le descendant appartagé avec soulte; car pour lui la soulte c'est la donation, et pour celui qui la doit, c'est une charge de la donation. Qu'en est-il de l'action en garantie? Pour nous, le donataire n'ayant la qualité de copartagé que sous condition n'en peut invoquer les effets que sous la même modalité; il est donc créancier de la garantie sous la condition qu'il sera définitivement copartageant par la réalisation de sa qualité d'héritier. D'où il résulte que le descendant évincé ne pourrait pas, tant que vit l'ascendant, exercer l'action en garantie, mais qu'il pourrait faire les actes conservatoires de son droit, par exemple concourir à la faillite de son codonataire pour sa créance conditionnelle.

Une autre conséquence du caractère conditionnel du droit du copartagé, c'est l'existence conditionnelle aussi du privilège qui accompagne la créance de soulte et de garantie, existence qui suffit à ouvrir les délais de l'inscription (art. 2132, 2148, 2159, 2163) et à faire remonter le rang du privilège au jour du partage d'ascendant. Il faut mettre sur le même pied le privilège attaché à la créance de soulte et le privilège pour garantie des lots, parce que si l'action en paiement de soulte est ouverte avant le décès de l'ascendant, c'est qu'elle est exercée en vertu de la donation; en tant qu'elle résulte du partage et qu'elle est accompagnée de privilège, elle est conditionnelle et par conséquent le privilège ne peut être exercé du vivant de l'ascendant.

Quant aux actions prévues par les deux aliénas de l'article 1079, il est évident qu'elles ne peuvent être exercées du vivant de l'ascendant; car les actions résolutoires d'un droit ne sauraient s'ouvrir *pendente conditione*.

Après la mort de l'ascendant, les rapports conditionnels de

copartagés qui existaient entre les descendants vont se fixer ou s'anéantir rétroactivement (art. 1179).

Le partage se trouve-t-il avoir effectivement compris tous les héritiers, il existe définitivement en tant que partage; et il existe rétroactivement¹, en sorte que tous les droits résultant du partage et qui ont pu être exercés du vivant de l'ascendant par des actes conservatoires se trouvent consolidés; ainsi l'inscription du privilège², si elle a été prise en temps utile, se trouve avoir conservé un privilège réellement existant; l'action en garantie et les actions en nullité ou rescision, dont l'exercice était suspendu du vivant de l'ascendant, se trouvent ouvertes. A l'inverse, si tous les héritiers n'ont pas été compris dans le partage, la condition est défaillie, le partage tombe, et avec lui l'inscription du privilège et les actes conservatoires qui auraient pu être faits. La nullité se produit donc de plein droit et peut être invoquée par toute personne intéressée; c'est bien là ce qui résulte de l'article 1078. Le partage tombe, disons-nous, mais la donation subsiste³.

Si l'un des héritiers appartagés renonce à la succession, s'il est déclaré indigne, s'il est prédécédé sans postérité, le partage n'en subsiste pas moins à l'égard des autres héritiers; mais à l'égard du renonçant, de l'indigne ou du prédécédé, il se trouve rétroactivement n'y avoir jamais eu qu'une donation qui n'a pu être faite que dans les limites de la quotité disponible et qui est soumise, s'il y a lieu, à la réduction.

Mais s'il suffit, pour que le partage se réalise rétroactive-

1. La rédaction de l'article 1078, l'emploi dans ce texte du présent et du futur ne semblent-ils pas indiquer que le législateur considérait le partage comme conditionnel, sans peut-être se faire une idée bien nette de cette doctrine : « Si le partage n'est pas fait, ... il sera nul pour le tout. ... » Donc si le partage entre vifs se trouve avoir été fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès de l'ascendant, il a rétroactivement le caractère de partage.

2. C. de Montpellier, 19 févr. 1853. (Dalloz, 1853, 2, 204.)

3. V. le chapitre qui traite des effets de la nullité ou de la rescision.

ment, qu'il se trouve avoir compris tous ceux qui ont qualité d'héritiers *ab intestat* au décès de l'ascendant, il faut en outre, pour qu'il soit à l'abri de toute attaque, qu'il se trouve conforme aux droits de ces héritiers, tels qu'ils se comportent à la mort de l'ascendant (art. 1079). Or, au décès de l'ascendant, le droit des héritiers se trouve, en l'absence de préciput, égal à une part virile dans la succession; d'où ouverture de l'action en rescision pour lésion de plus du quart (art. 1079); d'où encore, pour évaluer le disponible et calculer le droit du réservataire copartagé, nécessité d'appliquer l'article 922 qui prescrit la réunion fictive des biens donnés. L'héritier, en effet, a toujours droit à sa réserve intacte. Cependant, dans les partages ordinaires de succession, il peut se faire que la réserve soit entamée, sans que la validité du partage en souffre; c'est ce qui arrivera si le défunt a disposé de la quotité disponible et si le partage produit à l'encontre de l'héritier réduit à sa réserve une lésion inférieure au quart, alors même que cette lésion aurait profité à l'héritier déjà bénéficiaire du disponible. En matière de partage d'ascendant, le législateur a protégé plus efficacement la réserve. Dans une hypothèse particulière où la réserve d'un copartagé est atteinte, sans cependant que celui-ci subisse une lésion de plus du quart, l'article 1079, 2°, accorde une action, action en rescision du partage, suivant certains auteurs, action en réduction *sui generis*, suivant d'autres.

Nous reviendrons d'ailleurs sur ces diverses causes de nullité, de rescision, de réduction; nous avons voulu, dans ce chapitre préliminaire, en nous tenant au point de vue que nous avons adopté, montrer combien il est important d'être fixé sur la nature du partage d'ascendant, si l'on veut résoudre avec quelque logique presque toutes les difficultés auxquelles ce mode de disposition a donné naissance.

8. — Il nous reste à dire quelques mots sur les consé-

quences du prédécès, de la renonciation ou de l'indignité dans les rapports des copartagés entre eux.

Si l'un des copartagés est prédécédé sans postérité, son lot n'a plus absolument que le caractère de bien donné, et, comme tel, il n'est, de la part des héritiers, soumis qu'à la réduction, s'il y a lieu, pour atteinte à la réserve; il reste, quant au surplus, entre les mains des héritiers légitimes ou testamentaires auxquels il a été dévolu. Ajoutons qu'une question des plus délicates, et que nous n'avons pas à examiner, peut résulter de la combinaison, dans notre hypothèse, des articles 747, 921 et suivants.

Si le copartagé prédécédé a laissé des enfants légitimes, il est représenté par eux dans la succession de l'ascendant et par conséquent dans le partage. Ceux-ci seront tenus de toutes les obligations et auront toutes les actions résultant du partage. L'application de l'article 744 à notre hypothèse amène des résultats fort singuliers et qu'on a vainement cherché à éluder ¹. D'après cet article, « on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé ». Si nous supposons que les enfants de l'héritier prédécédé aient renoncé à la succession de leur père et qu'ils viennent comme représentants de ce dernier à la succession de leur ascendant, il arrivera que, tandis que l'émolument de la donation-partage, à laquelle avait participé leur père, aura passé en d'autres mains par suite de leur renonciation, ils n'en auront pas moins tous les droits de copartagés et seront tenus de toutes les obligations résultant de ce titre. Par exemple, ils seront tenus de la garantie vis-à-vis des autres copartagés et ils auront droit à la garantie, en cas d'éviction des biens compris dans le lot qu'avait reçu leur père, quoiqu'ils n'en soient pas propriétaires.

1. BERTAULD, *Questions*, II, nos 99 et suiv.

La renonciation ou l'indignité de l'un des enfants appartagés anéantit à son égard le caractère de partage pour ne laisser subsister que la donation. Faut-il dire, avec MM. Demolombe¹, Aubry et Rau², Réquier³, Bonnet⁴, Bertauld⁵, que l'obligation de garantie persiste entre le renonçant, l'indigne et les autres appartagés ? La négative résulte suffisamment du système que nous avons adopté.

Enfin, si tous les copartagés étaient prédécédés sans postérité, renonçants ou indignes, le partage serait sans effet, et il n'y aurait plus relativement aux successeurs appelés par la loi que des donataires soumis par conséquent à la réduction, s'il y a lieu. Le résultat serait le même, encore qu'il y eût des descendants arrivant de leur chef à la succession du *de cujus*, si, par exemple, l'un des renonçants a laissé des enfants.

2° Du Partage testamentaire.

9. — Le partage testamentaire est-il un acte d'attribution ou un simple acte de distribution ? Modifie-t-il la vocation des héritiers ou laisse-t-il subsister la vocation légale ? Les copartagés recueillent-ils leur part comme légataires ou comme héritiers ?

Sur ce point, les auteurs se divisent encore ; on peut dire cependant que le partage testamentaire est généralement⁶ considéré comme un simple acte de distribution ne modifiant en rien la vocation légale des héritiers. D'ailleurs, la ques-

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, nos 151, 152, 153.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 733 b.

3. RÉQUIER, *Part. d'asc.*, nos 94, 98, 100.

4. BONNET, *Part. d'asc.*, II, 520 bis à 524.

5. BERTAULD, II, nos 87 et suiv.

6. AUBRY et RAU, t. VIII, § 728, 1^o. — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, nos 97 et suiv. — BONNET, I, nos 101 et suiv. — RÉQUIER, nos 59 et suiv. — COLMET DE SANTERRE, II, 243 bis. — En sens contraire : BERTAULD, II, nos 131 et suiv. — LAURENT, *Principes*, page 60.

tion, bien que fort importante à certains égards, présente, au point de vue auquel où nous nous sommes placé dans cette étude, moins d'intérêt que celle qui a été précédemment examinée; tandis en effet que le partage entre vifs doit nécessairement, pendant la vie de l'ascendant, produire certains effets, — effets au sujet desquels sont nés précisément les controverses et les dissentiments que nous avons rappelés, — le partage testamentaire ne peut au contraire avoir un résultat quelconque qu'après le décès de l'ascendant. Nous nous contenterons donc de résumer la théorie presque universellement admise et d'en tirer les conséquences qui nous intéressent particulièrement.

A l'appui de cette théorie, on a coutume d'invoquer l'opinion des anciens auteurs, Lebrun, Guy-Coquille¹. Mais nous croyons que pour l'interprétation des articles 1075 et suivants, la législation ancienne sur les partages d'ascendants, fort obscure d'ailleurs, et toute différente de la nôtre, ne saurait être d'aucun secours². Dans l'ancien droit, dans les pays de droit écrit et dans quelques pays de coutume, le partage « pour après décès », le partage *inter liberos* n'était pas astreint, du moins lorsqu'il comprenait tous les biens, aux formes ordinaires des testaments. Il ne pouvait donc pas créer une vocation testamentaire. L'article 1076 du Code

1. « Chacun prendra en qualité d'héritier, et s'il ne prend en qualité d'héritier, il n'aura rien. » GUY-COQUILLE, sur l'article 17 du titre des Succ. de la Coutume de Nivernais. — V. aussi LEBRUN, *Des Succ.*, IV, ch. 1, n° 11.

2. Qu'y avait-il en effet dans l'ancien droit? Un partage « pour après décès » et un partage entre vifs accompagnant la démission de biens. Le Code établit, il est vrai, aussi un partage testamentaire et un partage entre vifs. Mais tandis que l'ancien droit traitait de ces sortes de partages à propos des successions *ab intestat*, le Code s'en occupe à propos des donations et testaments; tandis que ces actes étaient dispensés des formes ordinaires des donations et des testaments, nos législateurs les y soumettent; tandis, enfin, que la démission de biens était révocable, devait comprendre tous les biens, nos partages entre vifs sont irrévocables et peuvent ne comprendre qu'une partie du patrimoine; et comme si la chaîne de la tradition était rompue, les rédacteurs du Code, dans les travaux préparatoires, insistent sur ce que les démissions de biens sont abolies.

civil au contraire dispose que les partages « pourront être faits par actes testamentaires..., avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les testaments ». De là est née précisément la question de savoir si les enfants devenaient des légataires ou restaient héritiers. La question demeure donc entière; et pour la résoudre, il faut tout d'abord interpréter la volonté de l'ascendant qui fait un partage testamentaire.

Quel est le but de cet ascendant? est-ce de détruire ou même seulement de modifier la vocation légale des enfants? Nullement; ce qu'il veut, c'est, en prenant pour base cette vocation même, faire le partage qui serait fait après sa mort, soit à l'amiable, soit en justice, entre ses enfants. Or, le partage qui serait fait après sa mort impliquerait nécessairement la vocation légitime des enfants et leur qualité d'héritiers; donc il doit en être de même du partage fait par l'ascendant.

C'est bien là, en effet, ce qui résulte du texte de l'article 1075 qui porte que les père et mère et autres ascendants peuvent faire entre leurs enfants le *partage et la distribution* de leurs biens. L'objet principal de l'acte, c'est donc de partager, de distribuer, ce n'est pas de disposer. Sans doute, l'article 1076 soumet l'acte de l'ascendant aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations et testaments. Mais c'est là une disposition générale qu'il faut concilier avec les autres textes et avec le caractère prédominant du partage d'ascendant. Si l'on s'attachait exclusivement à cet article, le partage ne serait plus autre chose qu'un legs ou une donation ordinaire; or, une telle conséquence n'est pas admissible.

M. Demolombe¹, après avoir exposé cette théorie, se demande si elle n'est pas un peu absolue, s'il ne serait pas plus

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 98.

logique de concilier entre eux les articles 1075 et 1076 et de dire que deux titres concourent dans la personne des enfants qui seraient ainsi : « héritiers à l'effet de recueillir la succession qui leur est déférée par la loi, et légataires à l'effet de recueillir le lot qui leur est déféré par le testament de l'ascendant. » Mais cet auteur ajoute qu'en présence des difficultés inextricables dont ce système serait, à tout instant, la source, il vaut mieux renoncer à une conciliation impossible entre le testament et la succession légitime¹.

On peut déduire de la théorie généralement admise au sujet de la nature du partage testamentaire de nombreuses conséquences que nous ne pourrions examiner toutes sans sortir de notre sujet. Disons seulement : que les enfants ne peuvent recueillir les biens qui leur ont été assignés dans le partage qu'en acceptant la succession, et que le renonçant ne pourrait demander la délivrance de son lot en vertu de l'article 845; car il n'est pas légataire, il est héritier copartagé; — qu'à l'inverse les descendants ne pourraient pas davantage, en acceptant la succession, renoncer au lot que leur assigne le partage testamentaire et demander, comme héritiers un nouveau partage; — que les copartagés qui acceptent la succession seront tenus réciproquement de l'obligation de garantie et jouiront du privilège de l'article 2103, privilège qui devra être inscrit dans les soixante jours à partir du décès de l'ascendant (art. 2109). Nous examinerons d'ailleurs au chapitre suivant une question fort importante et dont la solution dépendra directement de la théorie que nous avons adoptée au sujet de la nature du partage testamentaire et du titre que cet acte confère aux copartagés.

1. Cette conciliation a été tentée par M. Bertauld et M. Laurent. Ce dernier auteur s'exprime ainsi : « Ce double caractère d'un seul et même acte, à la fois dispositif et distributif, est la source de grandes difficultés; mais ce n'est pas les résoudre que de mutiler l'acte en effaçant l'un des éléments. » T. XV, p. 64.

CHAPITRE II

Nullité du partage pour omission d'enfant.

10. — D'après l'article 1078 du Code civil, « si le partage
« n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque
« du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage
« sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nou-
« veau dans la forme légale, soit par les enfants ou descen-
« dants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par
« ceux entre qui le partage aurait été fait. »

11. — Il semble résulter des paroles prononcées au Corps législatif par le tribun Favard¹, que le législateur a édicté la nullité du partage pour punir l'ascendant d'avoir oublié un de ses enfants, et les copartageants de s'être prêtés à un acte injuste envers leur frère, dans tous les cas, pour venir au secours du descendant qui n'avait pas mérité une telle exclusion. Mais ce motif de la loi ne saurait s'appliquer à l'hypothèse fréquente où, postérieurement à la confection du testament ou de la donation contenant partage, un enfant est survenu à l'ascendant. Dans ce cas, l'exclusion n'est pas intentionnelle de la part de ce dernier, et cependant le partage est réputé non avenu à l'égard de l'enfant omis. En réalité, l'article 1078 ne fait qu'appliquer la règle d'équité

1. FENET, XII, p. 644.

et de raison qui est de l'essence de tout partage¹ et qui veut que tous ceux qui ont sur certains biens des droits communs et indivis, prennent part à la distribution qui est faite de ces biens. Cette règle est tellement évidente que les rédacteurs du Code n'ont pas cru nécessaire de la formuler au titre du partage des successions ; s'ils l'ont rappelée au chapitre des partages d'ascendants, c'est qu'ils ont voulu rejeter la doctrine admise dans les pays de droit écrit, doctrine qui, s'inspirant des traditions romaines², déclarait valable le partage *inter liberos*, bien qu'il n'eût pas été fait entre tous les enfants, et n'accordait au descendant omis que le droit de réclamer sa légitime, à laquelle tous les copartagés devaient contribuer *pro modo emolumenti*³. La jurisprudence des pays de coutume⁴ déclarait au contraire le partage nul s'il ne comprenait pas tous les enfants appelés à la succession de l'ascendant. C'est cette doctrine qu'ont adoptée les rédacteurs du Code, et, au premier abord, elle paraît fort équitable⁵. En effet, si l'ascendant veut avantager quelqu'un de ses enfants, il peut leur léguer ou leur donner par préciput la quotité disponible et réduire ainsi les autres à leur part de réserve. Mais lorsqu'il a déclaré faire un partage, il est censé avoir voulu simplement attribuer à ses enfants la part qui devait leur revenir dans sa succession, sans établir entre eux aucune préférence. Ce serait donc aller contre son intention présumée que de réduire à sa réserve l'enfant non compris dans le partage ; on se conforme au contraire à cette intention, en faisant un nouveau partage dans lequel l'enfant omis recevra une part égale à celle de ses frères et sœurs.

1. LAURENT, *Principes*, t. X, p. 494 ; t. XV, p. 126.

2. LL. 32 et 36, au Code : *De inoff. test.*, 3, 28.

3. FURGOLE, *Des Test.*, t. III, ch. VIII, sect. 1^{re}, n° 149.

4. AUROUX DES POMMIERS, Sur l'article 216 de la C. de Bourbonnais.

5. BONNET, *Part. d'usc.*, II, n° 555.

12. — Il faut cependant reconnaître qu'il pourrait y avoir, au point de vue pratique, au point de vue de la stabilité de la propriété, des avantages considérables à ne pas frapper d'une nullité absolue une œuvre consacrée par le temps, un partage entre vifs qui aura été exécuté pendant de longues années. Aussi, d'après M. Barafort¹, le texte de l'article 1078 devrait-il être modifié. De deux choses l'une : ou il y aurait dans la succession des biens non compris au partage anticipé et suffisants pour remplir de ses droits l'enfant omis ; — ou bien il n'y en aurait pas du tout, ou il n'y en aurait que d'insuffisants. Dans la première hypothèse, l'économie du partage d'ascendant ne serait pas dérangée ; cet acte serait maintenu tel quel, sauf les opérations de réunion fictive et de calcul nécessaires pour déterminer, sur les biens de la succession, la part afférente à l'enfant omis. Dans la deuxième hypothèse, on procéderait par voie de retranchement ou de réduction sur les biens donnés ; et chaque enfant donataire devrait contribuer à parfaire la portion de son frère omis *pro modo emolumentis*. Cette portion serait proportionnelle au nombre des enfants, s'il n'y avait pas de disposition précipitaire ; elle serait réduite à la réserve légale, si le préciput avait été donné.

La disposition nouvelle concorderait parfaitement avec la faculté laissée au père de famille de distribuer librement² son patrimoine selon les aptitudes et les convenances de chaque enfant. En persévérant dans ses dispositions de partage devenues imparfaites, sans en faire d'autres, le père aurait le plus souvent manifesté sa volonté que l'enfant omis trouvât dans les biens non partagés la quote-part qui devrait lui revenir.

13. — Le partage, dit l'article 1078, sera nul s'il n'a pas

1. BARAFORT, *Des Part. d'asc.*, p. 160.

2. V. sur ce point le chapitre IV.

été fait « entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès ». Il résulte de ces termes qu'on doit uniquement s'attacher à l'époque du décès de l'ascendant pour savoir si le partage est valable ou s'il est nul. Peu importe en effet que l'un des descendants existant lors du partage ou né depuis, ait été omis s'il est décédé sans postérité avant l'auteur commun. Cet enfant se trouve n'avoir jamais eu de droits héréditaires, il n'a jamais été réservataire et, par conséquent, n'a jamais eu qualité pour être appelé au partage. Son omission ne peut donc avoir aucune influence sur l'existence de ce partage.

14. — Mais, d'un autre côté, le partage pourra se trouver nul quoiqu'il ait été fait entre tous les enfants qui vivaient alors ; c'est ce qui arrivera si postérieurement à l'acte survient un enfant. L'omission de cet enfant, fût-il posthume, entraînera la nullité du partage. Il en serait de même si l'ascendant avait depuis le partage légitimé par mariage un enfant naturel¹, et il n'y aurait pas à distinguer ici, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 960 si l'enfant légitimé est né avant ou depuis le partage ; car, dans l'un et l'autre cas, il aurait à la succession de l'ascendant les mêmes droits que les enfants légitimes ; il pourrait donc demander le partage de cette succession et réduire à néant celui que l'ascendant aurait fait².

15. — Si l'enfant omis renonçait à la succession ou s'il était déclaré indigne, le partage devrait être maintenu. Le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier ; l'indigne est exclu de l'hérédité. Si le partage était à faire, ni l'un ni l'autre ne pourrait y prendre part. Comment leur omission pourrait-elle vicier le partage que l'ascendant a fait, et pour-

1. Agen, 9 juillet 1847 (D. 1847, 2, 180).

2. AUBRY et RAU, t. VIII, § 730.

quoi procéder à un nouveau partage, puisqu'il devrait être fait entre les mêmes enfants qui figurent dans le premier. Ces expressions de l'article 1078 « qui existeront » doivent donc être entendues en ce sens que le partage sera nul s'il n'a pas été fait entre tous les enfants et descendants qui auraient le droit de venir à la succession¹.

16. — Il n'y a d'ailleurs, pour l'application de tous ces principes, aucune distinction à faire entre les enfants légitimes et les enfants adoptifs ou naturels légalement reconnus. L'omission des uns et des autres rendrait le partage également nul.

17. — Quant à l'enfant adoptif, cette solution est incontestable, puisqu'il a les mêmes droits que l'enfant légitime (art. 350).

18. — Mais en ce qui concerne les enfants naturels légalement reconnus, quelques interprètes² ont émis une théorie contraire à la nôtre. Il nous semble cependant qu'il n'y a pas sur ce point de controverse possible. Sans doute, les enfants naturels ne sont pas héritiers, mais ils ont un droit héréditaire de la même nature, bien que moins étendu que celui des enfants légitimes. Ils sont, à la mort de l'ascendant, propriétaires en qualité de successeurs irréguliers. Or, cette qualité leur suffit pour qu'ils doivent être compris au partage. Les descendants légitimes n'auraient pu faire le partage après la mort de leur ascendant sans y appeler l'enfant naturel, et l'ascendant doit apporportionner tous ceux qui auraient dû prendre part au partage fait après sa mort³. —

1. Colmar, 20 février 1867 (D. 67, 2, 42). Dans une théorie exposée en note de cet arrêt, MM. Aubry et Rau avaient soutenu que l'enfant était recevable, en vertu des seuls liens du sang et sans prendre la qualité d'héritier, à opposer la nullité de l'acte qui le laisse à l'écart. Mais ces auteurs sont revenus dans leur dernière édition (VIII, § 730, note 4) à la doctrine généralement admise. — V. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 161. — LAURENT, XV, p. 133. — BERTAULD, II, n° 297.

2. GENTY, p. 101. — TROPLONG, IV, 2394. — DURANTON, IX, 635.

3. LAURENT, XV, p. 134. — AUBRY ET RAU, VIII, § 730, note 5.

On craint que le père naturel ne se serve du partage pour avantager son enfant au delà des limites légales. C'est là un mauvais argument ; car s'il y a avantage excessif, il pourra être réduit. — Le seul moyen qu'aurait un père naturel de faire un partage valable sans y comprendre son enfant, serait de lui donner entre vifs la moitié de sa part *ab intestat*, en déclarant expressément qu'il entend le réduire à cette portion (art. 756-761).

19. — L'article 1078 déclare nul le partage qui n'a pas été fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès « et les descendants de ceux prédécédés ». Si donc, lors du partage, il y a un ou plusieurs enfants prédécédés, — c'est là l'hypothèse prévue par l'article 1078, — l'ascendant doit comprendre les petits-enfants dans ce partage. Il semble même, d'après l'esprit de la loi, que l'ascendant doive faire le partage entre les enfants de chaque souche, sinon une partie de la succession resterait indivise et un partage *ab intestat* serait nécessaire ; or, la loi n'autorise le partage d'ascendant que pour empêcher le partage entre héritiers.

20. — Si tous les enfants ont été compris dans le partage et si l'un d'eux vient à mourir avant l'ascendant en laissant des descendants, le partage sera-t-il nul pour cause d'omission ? Évidemment non. Le partage est-il fait par donation ? On ne peut pas dire que les petits-enfants sont omis, puisque leur père a été apportionné. L'enfant du premier degré a recueilli les biens qui formaient son lot, et, à sa mort, il les a transmis à ses descendants ; donc ceux-ci ne peuvent pas prétendre qu'ils ont été omis. Il est vrai qu'ils peuvent renoncer à la succession de leur père et, à la mort de leur aïeul, venir à la succession de ce dernier ; mais s'ils y viennent avec des enfants du premier degré, c'est par représentation. Or les représentants n'ont que les droits qu'auraient eu le représenté s'il avait survécu ; et, dans l'espèce, le représenté a

eu sa part, donc ses enfants n'ont rien à réclamer de son chef (art. 740 et 744) ¹.

Ou bien le partage est fait par testament : si l'un des enfants compris dans ce partage prédécédé, ses descendants prennent-ils encore par représentation la part de leur père ou doivent-ils être considérés comme omis ? Cette dernière solution s'impose si l'on admet que les enfants entre lesquels l'ascendant a par testament partagé ses biens, ne sont que des légataires, du moins dans leurs rapports avec l'ascendant. Voici comment on peut alors raisonner : aux termes de l'article 1078, le partage est nul s'il n'est pas fait entre tous les enfants..... et les descendants de ceux prédécédés..... Or, l'enfant prédécédé qui a été compris dans le partage n'existe pas à l'époque du décès ; et les petits-enfants qui existent à cette époque n'ont pas été compris dans le partage ; donc cet acte est nul. Qu'on n'objecte pas que les petits-enfants, s'ils ne peuvent pas recueillir de leur chef le lot qui a été attribué à leur père, peuvent le recueillir par représentation en vertu de l'article 740. La représentation n'est pas admise dans les dispositions testamentaires ; ce n'est pas l'article 740 qu'il faut appliquer ici, mais l'article 1039, qui porte que « toute disposition sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur » ².

Si l'on pense au contraire que les enfants ne recueillent les biens qui leur sont attribués par un partage testamentaire qu'en qualité d'héritiers légitimes, il faut nécessairement admettre que les petits-enfants représentent leur père prédécédé et ne peuvent par conséquent se prétendre omis dans le partage.

Ce second système nous paraît seul logique ; il est pres-

1. LAURENT, p. 135. — AUBRY et RAU, § 730.

2. LAURENT, p. 136. — M. BERTAULD (II, n° 147) propose cependant d'admettre les descendants de l'enfant prédécédé en vertu d'une substitution vulgaire tacite. Mais il n'est pas admissible que l'interprète imagine et crée une substitution de sa propre autorité.

que unanimement enseigné¹. L'article 1078 ne saurait être appliqué à notre hypothèse. Il prévoit le cas où l'ascendant aurait omis soit ses enfants, soit les descendants de l'un de ses enfants prédécédé, c'est-à-dire le cas où tous ceux qui doivent être compris dans le partage ne l'auraient pas été. Or, l'ascendant a compris dans sa distribution tous ceux qui avaient le droit d'y participer. Donc le partage n'est pas nul. Tout au plus pourrait-on dire qu'il est frappé de caducité; cette proposition serait elle-même inexacte. Nous avons dit que l'ascendant entendait bien moins exercer une libéralité par voie de legs que partager sa succession entre ceux que la loi appelle à la recueillir. Donc, la part qu'il attribue à chacun de ses enfants, il l'attribue virtuellement à leurs descendants pour le cas où l'un d'eux viendrait à prédécéder, puisque d'après les principes de la succession légitime, les descendants de l'enfant prédécédé sont appelés à recueillir par représentation la part que cet enfant aurait lui-même recueillie. — Quant à l'article 1039, il est complètement inapplicable. Si les legs ordinaires deviennent caducs par le prédécès des légataires, c'est parce que le testateur est présumé n'avoir voulu gratifier que les légataires eux-mêmes et non leurs héritiers. Or, cette présomption est inadmissible lorsqu'il s'agit d'un partage testamentaire. M. Laurent, qui enseigne le premier système, reconnaît lui-même combien est fort l'argument tiré du motif de l'article 1039 : « Peut-on « prétendre, dit-il, que le père qui fait le partage de ses biens « entre ses enfants n'y comprenne pas ses petits-enfants, au « cas de prédécès de leur père ? Non, certes. Il y a donc con- « flit entre l'esprit et le texte; le texte doit l'emporter. » Voilà les contradictions auxquelles on est forcément amené lorsqu'on dénature le partage d'ascendant.

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 109. — AUBRY et RAU, VIII, § 730, note 7. — V. cependant en sens contraire : Agen, 23 décembre 1847 (D. 48, 2, 17).

21. — Il résulte des explications précédemment données que la nullité de l'article 1078 ne s'appliquerait pas au cas où tous les copartagés étant prédécédés leurs enfants se trouvent appelés à la succession de l'ascendant. Il y a alors représentation (art. 740); les petits-enfants représentent leur père dans la qualité d'héritier en vue de laquelle celui-ci se trouvait compris au partage.

Mais en sera-t-il de même au cas où tous les copartagés étant renonçants ou indignes, ce sont leurs enfants qui sont appelés à la succession? Non; car ici la représentation n'a pas lieu¹. Les petits-enfants viennent de leur chef; ils tiennent directement de la loi leur qualité d'héritiers du *de cuius*. Ils n'ont donc aucun titre pour recueillir la part attribuée à leur auteur. Le partage doit être considéré comme non avenu.

22. — La plupart des auteurs² appliquent encore la nullité pour prétérition au cas où les descendants n'ont pas été apportionnés conformément à leur vocation héréditaire; par exemple, si un ascendant a partagé ses biens entre un fils et deux ou trois enfants d'un fils prédécédé, et a attribué des parts égales à son fils et à chacun des petits-enfants; ou bien encore si un enfant naturel qui avait été compris au partage pour la part légalement affectée à son titre, est ensuite légitimé par mariage subséquent de sorte que son apportionnement n'est plus en rapport avec sa qualité nouvelle. — Nous hésiterions, pour notre part, à poser un pareil principe; car l'article 1078 ne vise nullement ces hypothèses. Sans doute le partage doit être fait proportionnellement aux droits des copartageants, mais nous ne pensons pas qu'il y ait une cause de nullité dans le seul fait de n'avoir pas observé dans le

1. V. sur les conséquences singulières que peut entraîner dans cette hypothèse la combinaison des articles 911 et 745 : BERTAULD, II, n° 151.

2. BONNET, II, n° 552. — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 105.

partage les droits respectifs des copartagés, si d'ailleurs le partage ne contient ni lésion ni avantage prohibé (art. 1079). L'intérêt de cette décision se présentera rarement sans doute ; car, en cas d'inobservation des droits héréditaires de chacun, il y aura le plus souvent lésion ; cependant, le contraire pourrait se présenter : par exemple, un enfant naturel a été compris dans un partage avec les droits d'un enfant légitime ; les partisans de la doctrine que nous combattons admettraient-ils la nullité pour violation des vocations héréditaires ? Il est probable qu'ils ne verraient pas là un cas d'application de l'article 1078 ; et cependant si on admet la nullité édictée par cet article lorsqu'un des enfants a été appelé au partage pour une part inférieure à son droit héréditaire, pourquoi ne pas décider de même au cas où il a été appelé pour une part supérieure à ce droit héréditaire ¹ ?

23. — Ce n'est pas une action en nullité que la loi accorde aux descendants omis ; c'est une action « en nouveau partage » une action *familie erciscundæ*, suivant MM. Aubry et Rau ². Les enfants pourront en conséquence intenter directement cette action sans avoir auparavant fait annuler le partage de l'ascendant. Cet acte est nul de plein droit ; il est, si l'on veut, inexistant ³. A quoi bon dès lors exercer une action spéciale en nullité pour faire constater un fait matériel qui ne peut donner lieu à aucun débat contradictoire ? Mais, lorsqu'il s'agit d'un partage entre vifs, c'est le partage seul qui est non avenu ; la donation subsiste. Nous développerons cette théorie lorsque nous examinerons d'une manière générale les effets des actions en nullité et en rescision.

24. — La nullité prononcée par l'article 1078 a été sans aucun doute établie dans l'intérêt des enfants omis. On aurait

1. Dans le même sens, mais pour des motifs différents : BERTAULD, II, n° 53.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 730. — RÉQUIER, n° 168. — BONNET, II, n° 353.

3. LAURENT, XV, p. 126. — V. Lyon, 6 mars 1878 (D. 1878, 2, 65).

pu en conclure qu'eux seuls avaient le droit de l'invoquer. Mais alors les descendants copartagés auraient été obligés de se contenter d'une possession précaire pendant tout le temps que la loi accorde aux enfants omis pour se prévaloir de la nullité. De plus, l'article 815 aurait été violé; cet article ne dit-il pas en effet que nul n'est tenu de rester dans l'indivision et, en droit, n'y a-t-il pas indivision tant qu'un partage définitif ne l'a pas fait cesser? Aussi l'article 1078 dispose-t-il qu'il pourra être provoqué un nouveau partage, soit par les enfants omis, soit même par ceux qui ont été appartagés¹.

25. — Les enfants omis ne peuvent évidemment provoquer un nouveau partage qu'en se portant héritiers.

26. — Quant à ceux qui ont été compris dans la disposition de l'ascendant, il est certain que, dans le cas où le partage est testamentaire, ils ne peuvent en provoquer un nouveau qu'en qualité d'héritiers, puisque le partage fait par testament ne leur donne aucun titre distinct de leur vocation légitime. Mais ils seraient également non recevables à agir sans se porter héritiers lorsque le partage a été fait entre vifs, soit que l'on considère l'acte de l'ascendant comme frappé d'une nullité complète et indivisible, soit qu'on admette, comme nous le pensons et comme nous le démontrerons plus loin, que cette nullité atteint seulement le partage et laisse subsister la donation. Dans le premier cas, en effet, l'enfant n'étant plus ni donataire, ni copartagé, n'aurait aucun titre pour provoquer un nouveau partage. Dans le second cas, il ne pourrait obtenir une nouvelle distribution puisque n'étant pas héritier, il serait sans qualité, soit pour exiger de ses

1. V. un arrêt de la Cour de cass., req., 5 nov. 1877 (D. 1878, 1, 373) qui décide que la clause par laquelle l'ascendant se portant fort pour l'enfant omis, promet de faire ratifier le partage par cet enfant, est licite et obligatoire; que par suite les héritiers de l'enfant omis (ses frères dans l'espèce) ne sont pas recevables à demander, du chef de celui-ci, la nullité du partage, lorsqu'ils sont en même temps héritiers de l'ascendant donateur, art. 1120, 1222.

codonataires le rapport des biens qui leur ont été donnés, soit pour prendre part à la distribution de ces biens, après que le rapport les aurait réunis à la succession¹.

27. — Enfin, l'action de l'enfant omis ne sera recevable contre les copartagés qu'autant que ceux-ci ne se trouveront pas écartés de l'hérédité par leur renonciation ou leur indignité, ou que, au cas de prédécès, ils seront représentés par des enfants qui acceptent. Si l'un des enfants compris au partage avait renoncé à la succession de l'ascendant ou en était exclu comme indigne, l'enfant omis n'aurait à exercer contre lui, le cas échéant, qu'une action en réduction pour atteinte à la réserve².

28. — Dans ses termes aussi bien que dans son esprit, l'article 1078 vise uniquement l'hypothèse dans laquelle un ou plusieurs des enfants n'ont pas figuré, en fait, dans le partage opéré par l'ascendant, parce qu'ils ont été par lui omis à dessein ou parce qu'ils n'étaient pas nés. C'est donc bien à tort que certains auteurs³ ont déclaré l'article 1078 applicable à l'hypothèse où, pour une des causes prévues par les articles 953 et suivants, l'ascendant aurait, à l'égard d'un de ses enfants, révoqué la donation-partage qu'il avait faite. On ne peut plus dire dans ce cas qu'un enfant a été omis; il a été de fait compris dans le partage et s'il a été privé plus tard des biens composant le lot qu'il avait reçu, c'est par suite d'une faute qui lui est personnelle et dont les conséquences ne doivent pas rejaillir sur ses cohéritiers. Ces derniers, s'ils viennent à la succession, sont obligés de laisser reprendre à l'enfant privé de son lot, les biens qui formaient ce lot, lorsque l'ascendant n'en a pas disposé, et, dans le cas contraire, de lui délivrer des biens héréditaires d'une valeur équiva-

1 et 2. AUBRY et RAU, VIII, § 730.

3. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 141. — RÉQUIER, n° 83. — Bordeaux, 4 décembre 1871 (D. 1872, 2, 179).

lente; faute de quoi, l'enfant contre lequel la révocation a eu lieu, serait, alors seulement, autorisé à provoquer un nouveau partage des biens de l'ascendant, partage auquel ses cohéritiers ne pourraient se soustraire qu'en renonçant à la succession pour s'en tenir aux biens que l'ascendant leur a délaissés¹.

1. AUBRY et RAU, § 733, texte et note 4.

CHAPITRE III

De l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart.

(Art. 1079, 1^o.)

29. — L'ascendant, lorsqu'il use de la faculté qui lui est reconnue par les articles 1075 et suivants, fait par anticipation le partage que ses héritiers réservataires ou, à leur place, la justice, auraient fait après sa mort. Or l'égalité est, sinon de l'essence, du moins de la nature du partage ordinaire : « C'est la base du partage, disait Siméon dans son rapport au « Corps législatif; il cesse d'être partage s'il n'est pas égal, « sinon mathématiquement, au moins dans une certaine proportion¹. » La sanction de cette règle est dans l'article « 887, 2^o : Il peut y avoir lieu à rescision lorsqu'un des cohéritiers établit à son préjudice une lésion de plus du quart. » Il était naturel et nécessaire que le partage d'ascendant, image du partage ordinaire qu'il tend à prévenir, empruntât à ce dernier cette règle et cette sanction. Aussi l'article 1079, 1^o, n'est-il qu'une reproduction de l'article 887, lorsqu'il dispose que « le partage d'ascendant pourra être attaqué pour lésion « de plus du quart », c'est-à-dire quand la valeur des objets composant le lot de l'un des descendants est inférieure de plus d'un quart au montant de la part qu'il aurait dû recevoir².

1. LOCRÉ, X, p. 304.

2. Req., 25 février 1878 (D. 1878, 1, 419).

30. — Lésion de plus du quart, dit la loi. L'égalité, en effet, ne peut être absolue ; le législateur devait, dans le partage d'ascendant comme dans le partage ordinaire, faire une part à l'erreur et à l'incertitude des appréciations humaines. De là, cette limite du quart au delà de laquelle le père de famille est réputé faillir à sa mission et le partage manquer d'une condition de validité.

31. — La rescision pour lésion n'étant que la sanction de l'égalité qui doit exister entre les copartageants, il en résulte qu'elle ne peut être demandée que par ces derniers. Or, nous avons dit que la qualité de copartageants n'appartient définitivement qu'à ceux sur la tête desquels se confirme la qualité d'héritiers réservataires, base de leur droit au partage ; par conséquent, l'action en rescision ne peut être intentée par les héritiers indignes ou renonçants, peu importe qu'il s'agisse d'un partage testamentaire ou d'un partage entre vifs.

Les auteurs admettent presque tous cette solution¹ ; mais ils n'y arrivent que par des raisonnements différents du nôtre et qu'ils déduisent plus ou moins logiquement de la théorie qu'ils admettent au sujet de la nature du partage d'ascendant.

32. — L'héritier qui n'est pas lésé ou qui ne l'est pas dans la proportion voulue par la loi ne peut évidemment exercer l'action en rescision, si son cohéritier lésé de plus du quart ne se plaint pas ; toutefois, si ce dernier fait rescinder le partage, celui qui n'avait éprouvé qu'une lésion moindre profitera du rétablissement de l'indivision qui devra donner lieu à un nouveau partage.

33. — L'action en rescision pour lésion n'a pour but que de maintenir dans la répartition des biens partagés l'égalité entre les enfants. Elle n'est donc pas la garantie de la réserve

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 178. — AUBRY et RAU, VIII, § 734, note 5. — RÉQUIER, n° 181. — *Contra* : BONNET, II, 522 et suiv. — BERTAULD, II, 106.

que protègent des actions spéciales. Il en résulte que l'action prévue par l'article 1079, 1^o, peut être exercée par un copartageant qui a toute sa réserve ou plus que sa réserve, et qu'à l'inverse elle peut ne pas appartenir à l'enfant dont la réserve est entamée ¹.

Ainsi un père a deux enfants et 60,000 fr.; il pourrait réduire chaque enfant à 20,000 fr. et disposer du tiers disponible en faveur d'un étranger ou de l'un de ses descendants. Il attribue 21,000 fr. à l'un, 39,000 fr. à l'autre. Le premier a plus que sa réserve, il ne peut agir en réduction; mais comme il n'a pas les trois quarts du lot auquel il a droit en l'absence de dispositions préciputaires faites en faveur de son copartagé, l'action en rescision lui est ouverte. Le père a déclaré faire un partage; la nature de l'acte ne permet donc pas de considérer l'avantage résultant pour l'un des enfants de la plus-value de son lot comme une libéralité permise dans les limites du disponible. On ne doit voir dans la différence des parts que le résultat d'une erreur qui, dès qu'elle dépasse la limite fixée par la loi, doit vicier l'acte entier qui la renferme.

34. — Il se peut, avons-nous dit, qu'à l'inverse l'action en rescision soit refusée au descendant dont la réserve est entamée. Ainsi l'ascendant a disposé de sa quotité disponible, puis il fait entre ses enfants la distribution des biens réservés. Il est évident que toute inégalité dans le partage prive quelqu'un des enfants d'une partie de sa réserve, et cependant s'il n'éprouve pas une lésion de plus du quart, cet enfant ne peut agir en rescision. Un père ayant deux enfants et 24,000 fr., a donné à un étranger le tiers disponible, 8,000 fr., puis, par le partage qu'il fait entre ses enfants des deux tiers qui lui restent, il attribue à l'un 9,000 fr., à l'autre, 7,000 fr. Ce der-

1. AUBRY et RAU, VIII, § 734.

nier ne peut pas attaquer le partage pour cause de lésion, puisque sur 8,000 fr. qu'il devait avoir il en a 7,000 fr., et cependant il n'a pas sa réserve entière ! Qu'on n'objeete pas que cette solution est contraire aux principes qui régissent la quotité disponible. Dans l'article 1079, 1^o, le législateur ne s'occupe pas de la réserve ; il n'a qu'un seul but, c'est de donner aux enfants le moyen de rétablir l'égalité que l'ascendant n'a pas suffisamment observée. Or, le partage est réputé égal lorsqu'il ne contient pas une lésion de plus du quart et tous les copartagés sont présumés avoir reçu leur part entière s'ils ont au moins les trois quarts de ce qui devait leur revenir. Il n'y a donc, aux yeux de la loi, aucune atteinte portée à la réserve, lorsque la lésion est inférieure à la quotité fixée. D'ailleurs, n'en serait-il pas de même si les enfants avaient fait entre eux le partage de la réserve après l'ouverture de la succession ? ceux qui n'auraient éprouvé qu'une lésion de moins du quart pourraient-ils demander la rescision, sous prétexte qu'ils n'ont pas obtenu toute la part à laquelle ils avaient droit ? Certainement non. Le partage fait par l'ascendant a le même caractère et doit produire les mêmes effets que celui auquel les descendants auraient procédé eux-mêmes.

35. — Toutefois, il faut bien reconnaître que la disposition du premier alinéa de l'article 1079 fournit au père de famille le moyen d'étendre la quotité disponible au delà des termes de l'article 913, ou, pour mieux dire, de renfermer la réserve dans des limites plus étroites que celles qui lui ont été assignées par cette dernière disposition légale. Il y a là pour les réservataires un danger incontestable. Mais nous verrons que ceux-ci trouvent dans les articles 920 et suivants, et surtout dans l'article 1079, 2^o, le moyen de déjouer, sinon toutes les combinaisons frauduleuses auxquelles l'ascendant se serait laissé entraîner dans son partage, du moins quelques-unes d'entre elles.

36. — Nous pouvons remarquer dès à présent que la loi italienne a veillé avec plus de sollicitude que la loi française au maintien de l'intégralité de la réserve des descendants. L'article 1048 du Code civil italien renferme en effet cette disposition que nous pouvons lui envier : « Le partage fait » par l'ascendant peut être attaqué s'il résulte du partage ou » des autres dispositions faites par l'ascendant que l'un de » ceux entre lesquels les biens ont été partagés a été lésé » dans sa portion légitime. »

37. — Aux termes de l'article 1079, « le partage fait par » l'ascendant pourra être attaqué... » Concluons de là que, pour apprécier s'il y a lésion, ce qu'il faut considérer, ce n'est pas la masse totale des biens disponibles et indisponibles qui composaient le patrimoine de l'ascendant, mais seulement la masse des biens qui ont fait l'objet de son partage, s'il n'y a pas compris les biens qui formaient la quotité disponible et s'il en a disposé autrement¹.

38. — Cette règle doit, en principe, s'appliquer même au cas où la quotité disponible, au lieu d'avoir été donnée à un étranger (comme dans l'exemple donné au n° 34), aurait été attribuée à l'un des enfants par préciput.

Ainsi un père ayant deux enfants et 24, 000 fr. donne à l'un d'eux par préciput son tiers disponible : 8, 000 fr. ; puis, faisant le partage des deux tiers qui lui restent, il attribue un lot d'une valeur de 11, 000 fr. à celui de ses enfants qui n'a encore rien reçu, et un lot d'une valeur de 5,000 fr. seulement à celui qui est déjà donataire par préciput. Ce dernier peut-il se plaindre et prétendre que, comme il n'a obtenu sur une masse de 16,000 fr. qui a fait l'objet du partage, que 5,000 fr. au lieu de 8,000, il est lésé de plus du quart ? L'autre copartagé ne pourrait-il pas répondre : Vous avez plus

1. AUBRY et RAU, *loc. cit.* — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 176. — V. les motifs d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 8 juin 1870 (D. 1873, 1, 126).

encore que moi ; car, sur la fortune totale de notre père, vous avez 13 tandis que je n'ai que 11 ? Sans doute votre apporportionnement, dans le partage de la réserve, n'atteint pas les trois quarts ; mais, combiné avec votre préciput, cet apporportionnement élève votre émolument à un taux supérieur aux trois quarts de la portion attachée à votre double qualité de réservataire et de préciputaire.

Nous croyons que la prétention du premier est parfaitement fondée. Ce n'est pas la fortune totale de 24 qui a été partagée ; c'est seulement la fortune déduction faite des 8 qui ont fait l'objet du préciput. Or, d'après cette base, chacun des enfants devait avoir 6. Donc le descendant qui n'a que 5 est lésé de plus du quart.

A l'appui de cette solution, nous pouvons, avec un arrêt de la Cour de Bordeaux¹, tirer du principe de l'irrévocabilité des donations un argument irréfutable : « Attendu, dit cet arrêt, « que pour apprécier la lésion il faut considérer non pas la « masse totale et originaire des biens qui composent le patri- « moine de l'ascendant, mais seulement la masse des biens « qui ont fait l'objet du partage qui en a été opéré. — At- « tendu, d'autre part, que l'irrévocabilité étant un des carac- « tères essentiels des donations entre vifs, l'attribution par « préciput par le père de famille à un de ses enfants dans son « contrat de mariage du quart disponible de sa fortune, a « pour effet de distraire à toujours de son avoir la partie de « ses biens dont il a disposé, de telle façon qu'au moment où « il procède ultérieurement à un partage anticipé entre ses « enfants, ce préciput est censé n'y plus figurer et ne contri- « buer plus à composer la masse héréditaire ; — que l'enfant « avantagé a deux qualités bien distinctes : celle de donataire « par préciput et celle de réservataire ; — que la première

1. Bordeaux, 27 déc. 1869 (D. 1871, 2, 201).

« dérivant d'un contrat irrévocable, et la seconde de la loi, « les droits résultant pour lui de l'un et de l'autre doivent « être également respectés; — qu'il suit de là que c'est sur la « réserve que doit se calculer la lésion.... »

Nous venons de supposer que la donation précipitaire avait été faite antérieurement au partage par un acte irrévocable, à l'enfant qui se plaignait d'avoir été ensuite lésé de plus du quart dans ce partage. Mais si cette donation précipitaire a été faite par le même acte que le partage ou par un acte postérieur, faut-il admettre la même solution ? Non, dit M. Dalloz¹. Dans le premier cas, le droit du précipitaire n'a pas attendu le partage pour se produire ; ce droit est irrévocable et l'ascendant n'y saurait porter indirectement atteinte par le partage. Mais tout autre est le cas où l'ascendant n'avait pas encore donné son disponible avant son partage et lorsqu'il le donne par préciput à l'un de ses enfants par l'acte même de partage ou par un acte postérieur. Si, libre de tout engagement antérieur, l'ascendant a fait une disposition précipitaire en faveur du même enfant qui se trouve lésé de plus du quart par le partage, c'est sans doute afin de l'indemniser et de rétablir l'équilibre à son avantage ; c'est à un sentiment de justice qu'il a cédé en parlant de préciput. Est-ce par l'acte même de partage que la donation précipitaire a été faite ? Cet acte ne saurait alors être scindé ; il y a entre toutes ses parties une sorte d'indivisibilité et la « corrélation des apportionnements qu'il contient doit l'emporter sur l'idée qui s'attache ordinairement à la clause de préciput ». Est-ce par un acte postérieur au partage ? La présomption que l'ascendant a voulu réparer la lésion est plus forte encore².

1. DALLOZ, *Rép., Dispos. entre vifs*, 4600, 4601.

2. Montpellier, 5 juillet 1853 (D. 1854, 2, 63).

Cette théorie est trop absolue. Sans doute l'ascendant a le droit incontestable de réparer, au moyen d'une donation (ou d'un legs) par préciput de la quotité disponible, la lésion que le partage par lui fait cause ou a causée à l'un de ses enfants; si c'est là ce qu'il a voulu et si sa volonté est certaine, nous admettons volontiers la solution précédente. Mais on va trop loin lorsqu'on prétend que, par cela seul que la donation a été faite dans l'acte même de partage ou dans un acte postérieur, l'enfant avantagé doit être privé du droit à la rescision s'il est lésé de plus du quart dans le partage. C'est tout simplement nier le principe que nous avons posé et d'après lequel la lésion doit s'estimer seulement d'après la valeur des biens qui ont été compris dans le partage¹.

Un auteur, M. Réquier², enseigne que dans le cas où l'ascendant, après avoir donné le disponible à l'un de ses enfants, soit par un acte antérieur, soit par l'acte même de partage, lui attribue un seul lot, tant pour son préciput que pour sa réserve, le précipitaire ne pourra obtenir la rescision du partage qu'autant qu'il sera lésé de plus du quart sur le lot entier qui lui sera attribué. Mais la circonstance relevée par cet auteur n'est d'aucune importance. Sans doute, en fait, la quotité disponible a été comprise dans l'attribution faite par l'ascendant; mais, en droit, elle est hors du partage, elle ne fait pas partie de la masse distribuée aux enfants en leur qualité d'héritiers réservataires. Elle est l'objet d'une donation irrévocable dont l'ascendant ne peut, pas plus au moyen d'un lotissement de partage que par toute autre voie, reprendre un quart. Le précipitaire est donc en droit de la prélever en totalité, *jure donationis*, sur le lot qui lui a été attribué et de demander que, pour apprécier la lésion dont il se plaint,

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 177.

2. RÉQUIER, *Part. d'asc.*, n° 179.

en ce qui touche sa part dans la réserve, on n'ait égard qu'à la valeur de la quotité de biens composant l'ensemble de la réserve¹.

Ce raisonnement nous servira également à repousser la théorie de MM. Bonnet² et Bertauld³ qui, sans faire de distinctions, font entrer la disposition préciputaire en ligne de compte pour le calcul de la lésion. « Nous ne saurions, dit « M. Bertauld, voir un copartagé héritier et un légataire ou « donataire; nous ne voyons qu'un copartagé appelé à profiter « d'un lotissement, parce qu'il est plus fort et se compose de « deux portions. »

39. — Du principe que, pour apprécier s'il y a lésion, on ne doit prendre en considération que les biens partagés, il faudrait, ce semble, nécessairement conclure qu'au cas où l'ascendant a fait plusieurs partages partiels et successifs, on doit faire autant d'évaluations qu'il y a eu de partages distincts, calculer la lésion pour chacun d'eux sur les seuls biens qui y ont été compris sans tenir compte des compensations qui peuvent résulter de la réunion et de l'ensemble de ces divers actes. Mais ce serait là une application bien rigoureuse de la règle que nous avons posée. Il se peut, en effet, que tel enfant lésé par un premier partage ait été avantagé dans un second, que tel autre, à l'inverse, favorisé dans une première distribution ait à subir une infériorité de lot dans une distribution postérieure; qu'ainsi l'ascendant ait lui-même, par ses prévoyantes combinaisons, rétabli l'égalité qui est la condition du maintien de ses dispositions. Dès lors, ce serait méconnaître l'intention du législateur qui veut la stabilité dans les partages et l'harmonie dans les familles que d'accorder à un enfant, qui, en définitive, n'aurait éprouvé aucun préjudice,

1. AUBRY et RAU, VIII, § 734, note 8.

2. BONNET, *Part. d'asc.*, nos 578 et suiv.

3. BERTAULD, *Questions pratiques*, II, n° 286.

une action dont le seul effet serait de rompre, par l'annulation d'un des partages partiels, l'équilibre résultant de l'ensemble des dispositions de l'ascendant. Si, après l'ouverture de la succession de l'ascendant mort sans avoir usé du droit que lui reconnaît l'article 1075, les enfants avaient fait plusieurs partages partiels de la succession, on n'accorderait — du moins cette solution est généralement admise — à l'enfant qui se prétendrait lésé l'action de l'article 887, que si une lésion résultait de l'ensemble des différents partages. Pourquoi déciderait-on autrement lorsque c'est l'ascendant qui a fait lui-même des partages partiels¹?

40. — Mais faut-il aller plus loin et décider que si l'ascendant, après avoir distribué à ses enfants une partie de ses biens, a laissé les autres indivis, la lésion soufferte par l'un des descendants ne donnera ouverture à l'action en rescision qu'autant qu'elle sera de plus du quart de sa part héréditaire, non-seulement dans les biens partagés, mais dans ces biens réunis à ceux qui composent la succession *ab intestat*? Bien que l'affirmative soit généralement admise², nous ne croyons pas devoir l'adopter; et nous pensons que si l'un des enfants a éprouvé une lésion de plus du quart sur les biens partagés, l'action en rescision peut être valablement intentée, sauf le droit qu'auraient les défendeurs d'en arrêter le cours en offrant de fournir au demandeur le supplément de sa portion sur les biens à partager (art. 891). Dans ce système, l'enfant lésé aura ainsi un moyen parfaitement légal de forcer ses cohéritiers à réparer, dans le partage des biens laissés par l'ascendant, le préjudice que lui avait fait éprouver le partage anticipé; tandis que dans le système contraire, il devrait souffrir

1. BONNET, II, n° 571. — Cass., 18 déc. 1854 (D. 1855, 1, 55).

2. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 180. — BERTAULD, II, n° 122. — BONNET, II, n° 572. — Civ. Cass. 18 déc. 1854 (D. 1855, 1, 55). — Civ. Cass. 6 févr. 1860 (D. 1860, 1, 89). — Req., 17 août 1869 (D. 1864, 1, 29).

ce préjudice sans aucune compensation, à moins que la lésion ne dépassât le quart de sa portion dans l'hérédité tout entière.

La solution que nous adoptons nous paraît résulter d'une manière évidente de la combinaison des articles 1079 et 1077.

L'article 1079, 1^o, porte : le partage peut être attaqué pour lésion..., ce qui s'entend évidemment d'une lésion résultant de l'infériorité de la valeur du lot de l'un des enfants, comparé aux lots des autres. Cet enfant est lésé de plus d'un quart s'il n'a pas reçu les trois quarts au moins de la part qui lui revenait dans l'ensemble des biens partagés; et son action, fondée en principe, ne peut être écartée sous prétexte qu'il existe, à l'ouverture de la succession, des biens d'une valeur plus ou moins considérable dont le partage reste à faire; surtout lorsque ce partage est, d'après la loi, indépendant de celui qu'a opéré l'ascendant. — Et, en effet, si le législateur n'a pas prévu le cas de plusieurs partages partiels faits par l'ascendant, il a prévu, au contraire, l'hypothèse d'un partage d'ascendant partiel qui laisserait des biens indivis dans la succession *ab intestat*, et il a décidé que ces biens seraient l'objet d'une distribution spéciale faite conformément à la loi (art. 1077). Or, que signifierait cet article 1077, qui formule une règle évidente par elle-même, si l'on ne concluait pas de sa disposition que le partage des biens laissés indivis est complètement distinct du partage opéré par l'ascendant, s'il fallait, au contraire, décider que ces deux partages doivent être fondus l'un dans l'autre et qu'on doit procéder à une liquidation générale de la succession? Le chapitre consacré par le Code aux partages d'ascendants ne renferme que six articles; on s'accorde à trouver ces dispositions absolument insuffisantes; mais alors qu'on ne rende pas l'une d'elles complètement inutile! — Pour nous, il y a deux par-

tages indépendants l'un de l'autre, bien que comprenant des biens faisant partie d'un même patrimoine et d'une même succession. L'un est réglé conformément à la volonté de l'homme, l'autre conformément à la loi; dans l'un et dans l'autre, il peut exister une erreur et de cette erreur peut résulter une lésion; mais cette lésion doit être appréciée séparément, car l'erreur n'a été commise que relativement aux biens compris dans l'un ou l'autre partage. L'ascendant ne saurait être responsable de la lésion survenue dans le partage des biens laissés indivis, et à l'inverse on ne peut pas dire que cet ascendant a distribué également ses biens, parce que la lésion de plus du quart qu'il avait commise se trouve effacée ou réduite à une quotité inférieure au quart par suite de la réunion aux biens qu'il avait distribués de ceux qu'il a laissés dans sa succession. Autrement, il faudrait dire que ce sont les hasards de l'avenir qui décideront si l'ascendant a respecté ou non les règles essentielles du partage ¹.

41. — Lorsqu'un enfant naturel a été compris dans un partage d'ascendant, ses copartagés ne peuvent-ils encore agir contre lui qu'autant que les avantages résultant de son appor tionnement leur occasionneraient une lésion de plus du quart? Non, répondent certains auteurs ². En assimilant sur ce point l'enfant naturel à un enfant légitime, on donnerait aux père et mère naturels le moyen de violer avec la plus grande facilité l'article 908 qui leur défend expressément de faire à leurs enfants des libéralités excédant les droits héréditaires de ceux-ci. Il faut donc, à l'égard de l'enfant naturel, considérer le partage d'ascendant comme une disposition à titre gratuit ordinaire qui, dès qu'elle excède la part que cet enfant peut recevoir d'après la loi, peut être attaquée par les

1. AUBRY et RAU, VIII, § 734, note 6.

2. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 198. — BONNET, II, n° 589.

copartagés, soit à l'aide de l'action en réduction, soit à l'aide de l'action en retranchement implicitement reconnue par l'article 908.

Cette opinion ne nous paraît pas admissible. Si l'enfant naturel peut et doit être compris au partage fait par ses père et mère, c'est en vertu des articles 1075 et suivants. Or, d'après les dispositions de ces articles, toute égalité qui n'a pas pour effet de léser un descendant de plus du quart n'est pas prise en considération. Ce dont la loi déclare l'enfant naturel incapable, c'est seulement de recevoir une libéralité qui excède ses droits dans la succession *ab intestat* de ses père et mère, et les inégalités qui résultent du partage ne sont pas considérées comme des libéralités pour les descendants qui en profitent. En traitant le partage comme une libéralité ordinaire à l'égard de l'enfant naturel, on est, à moins de se contredire, amené à décider que cet enfant ne peut pas, s'il a sa réserve intacte, se plaindre, encore qu'il soit lésé de plus du quart dans le partage. Or, c'est là un résultat qu'on ne peut admettre. La loi doit protéger les droits héréditaires de l'enfant naturel comme ceux de l'enfant légitime; elle doit même d'autant plus empêcher qu'ils soient méconnus que, dans un intérêt d'ordre public, elle a dû les restreindre¹.

42. — Nous abordons maintenant une grosse question, une des plus délicates et en même temps des plus importantes de la matière au point de vue pratique; c'est celle de savoir à quelle époque on devra se placer pour déterminer la valeur des biens compris dans le partage, et par conséquent pour apprécier la lésion; doit-on estimer les biens d'après leur valeur au moment de la donation-partage ou d'après leur valeur au moment de l'ouverture de la succession? Nous supposons que l'ascendant a fait un partage entre vifs; car c'est dans

1. BERTAULD, II, 250. — LYON-CAEN, p. 93.

cette hypothèse seule que la question présente de l'intérêt. Il peut arriver, en effet, que, par suite de circonstances accidentelles ou grâce à l'industrie de l'homme, les biens compris dans un partage entre vifs changent de valeur entre le jour de la donation et celui du décès de l'ascendant, de telle sorte qu'un enfant qui avait à l'origine un lot parfaitement égal à celui des autres descendants, se trouve, à la mort de l'auteur commun, lésé de plus du quart. L'hypothèse inverse — celle où un enfant dont le lot était d'une valeur inférieure aux trois quarts de ses droits dans les biens partagés, se trouverait n'éprouver aucune lésion à la mort de l'ascendant — peut se rencontrer aussi, mais elle sera plus rare; car un tel partage ne serait pas accepté.

43. — D'après le droit commun des partages, « pour juger « s'il y a eu lésion, on estime les biens suivant leur valeur à « l'époque du partage ». Cette règle, consacrée par l'article 890, est fondée sur le bon sens et la raison. Il est bien évident, en effet, que pour vérifier si la répartition est ou non conforme à l'égalité, il faut se reporter au temps où cette répartition a été faite. Si les lots étaient suffisamment égaux lorsqu'ils ont été attribués aux copartageants, c'est-à-dire, si chacun a reçu au moins les trois quarts de ce qui devait lui revenir, le partage est égal et doit être maintenu. Les changements survenus depuis l'acte dans la valeur respective des lots ne peuvent le vicier; car dès que le contrat a été formé par le consentement des parties, chacun des copartageants est devenu propriétaire des objets qui lui sont échus, et ces objets sont demeurés à ses risques personnels. Il n'a aucun compte à rendre aux autres de la plus-value que le temps ou toute autre circonstance a pu donner aux biens compris dans son lot, ni aucune réclamation à faire pour les détériorations que ces biens ont pu éprouver.

44. — On ne saurait refuser l'application de ces principes

aux partages d'ascendants. Toute la question se réduit donc à savoir ce qu'il faut entendre par ces expressions de l'article 890 « à l'époque du partage ». Pour nous, le partage existe en même temps que la donation. Ses effets sont suspendus, il est vrai, par la condition que les copartagés voudront et pourront être, au décès de l'ascendant, héritiers de celui-ci, et que le partage ne sera pas atteint d'un vice qui le rende nul (1078). Mais si, au jour du décès, la condition se réalise, le caractère de partage se trouve rétroactivement avoir existé dès l'instant de la donation. C'est donc en se plaçant à cette dernière époque qu'il faut estimer les biens pour apprécier si l'égalité a été observée entre les descendants.

45. — Cette solution est non-seulement logique, mais nécessaire. Seule, elle permet à l'ascendant d'user utilement du droit que lui reconnaît l'article 1075. Comment admettre, en effet, que le législateur ait imposé au père de famille l'obligation d'observer l'égalité entre ses enfants et lui ait dit ensuite : « Vous aurez beau avoir observé la plus stricte égalité, si des événements indépendants de votre volonté viennent rompre cette égalité, la distribution que vous aurez faite conformément à mes prescriptions sera annulable. Pour que votre œuvre soit durable, il faut que vous deviniez l'avenir ! » Une telle législation serait vraiment bien étrange.

46. — De plus, notre théorie est seule équitable. De nombreuses années ont pu s'écouler entre le moment de la donation et celui du décès de l'ascendant. Pendant cette période, l'un des enfants, agriculteur ou industriel, a pu, par une administration intelligente, décupler la valeur d'un lot qui, à l'origine, était parfaitement égal à celui des autres descendants ; de sorte que ces derniers, si l'on estimait les biens partagés en se plaçant au jour du décès de l'ascendant, se trouveraient éprouver une lésion de plus du quart, pourraient dès lors intenter l'action en rescision et forcer leur frère à

remettre en commun le fruit de ses travaux et de ses peines ou à transiger à prix d'argent pour échapper aux chances d'un procès ruineux ! Ces déplorables résultats, nous les évitons, en disant que « l'époque du partage », dont il est parlé dans l'article 890, c'est l'époque de la donation, en estimant les biens distribués par l'ascendant d'après leur valeur lors de cette donation, en assurant ainsi la stabilité et l'efficacité de l'œuvre du père de famille.

47. — Nous devons reconnaître que le système qui vient d'être exposé est loin d'être généralement admis par les auteurs; nous allons essayer de le fortifier encore en réfutant les systèmes qui lui sont opposés.

48. — D'après MM. Aubry et Rau¹, Bonnet², Bertauld³, Barafort⁴, l'estimation des objets compris dans le partage entre vifs doit se faire d'après leur valeur à l'époque du décès de l'ascendant, mais d'après leur état au moment de la donation. C'est donc l'article 922 qu'on applique et c'est à l'aide de cet expédient qu'on prétend éviter les résultats regrettables que nous avons précédemment signalés. Et cependant les auteurs précités reconnaissent qu'il y a dès le moment où l'acte est fait non-seulement une donation, mais un partage actuel, soumis à la règle de l'égalité, produisant — il est vrai, suivant les distinctions les plus arbitraires et les plus variées — des effets de partage ! Nous ne reviendrons pas sur ces contradictions. Qu'il nous suffise de montrer ici que l'article 922 ne saurait être appliqué à notre matière.

49. — L'article 922 est relatif au calcul de la réserve et non pas au calcul de la lésion⁵. Objectera-t-on qu'il y a quelque chose de bizarre, de contradictoire même, à évaluer

1. AUBRY et RAU, VIII, § 734, note 12.

2. BONNET, *Part. d'asc.*, II, n^{os} 633 et suiv.

3. BERTAULD, *Questions prat.*, II, p. 91.

4. BARAFORT, *Part. d'asc.*, p. 45 et suiv.

5. LAURENT, XV, p. 162.

diversement les biens suivant qu'il s'agit de l'un ou de l'autre de ces calculs ? L'objection est sans fondement ou plutôt elle va trop loin et au delà sans doute de la pensée de ceux qui l'ont faite. Car en matière de partage de succession *ab intestat*, niera-t-on que le calcul doive être différent pour la réserve et pour la lésion ; que pour la réserve, il faille, aux termes de l'article 922, évaluer les lots d'après leur valeur au moment du décès, et pour la lésion, d'après leur valeur au moment du partage, ainsi que l'exige l'article 890 ? Or, il peut s'écouler entre ces époques distinctes un intervalle considérable et suffisant pour que la valeur des biens soit modifiée. La raison de cette différence est facile à saisir. En édictant l'article 922, le législateur voulait protéger la réserve des descendants à l'encontre des étrangers principalement, ou des descendants considérés alors comme étrangers en tant que donataires par préciput, et il est évident qu'il devait placer l'estimation des biens à l'époque où la succession, s'étant ouverte, s'est divisée en une partie réservée et une partie disponible. Au contraire, en écrivant l'article 890, le législateur cherchait à maintenir l'égalité entre les copartageants, à prévenir les erreurs grossières dans la composition des lots, et il était naturel qu'il fixât à l'époque du partage l'estimation des biens.

D'un autre côté, on prétend que l'équité est satisfaite parce qu'en estimant les biens d'après la règle de l'article 922, on tient compte au donataire copartagé des améliorations survenues par son fait. A notre avis, on se trompe. La plus-value dont il sera tenu compte au donataire pour les améliorations résultant de son chef représentera rarement les dépenses faites par lui. Qui ne sait que les dépenses d'amélioration, dans l'agriculture surtout, produisent rarement une plus-value équivalente, que d'ailleurs elles constituent le plus souvent des placements à longue échéance dont le rendement ne se produit qu'avec le temps ; en sorte qu'il est bien permis

d'affirmer que celui qui n'est pas sûr d'améliorer pour lui, n'améliorera pas ?

Enfin, les auteurs qui appliquent l'article 922 à notre question reconnaissent eux-mêmes que cet expédient est bien insuffisant. « Il serait difficile de reconnaître, dit M. Bonnet¹,
« que des modifications considérables auront pu, entre le
« partage et la mort de son auteur, se produire dans la valeur
« même des biens *par le seul effet de circonstances acciden-*
« *telles*, du seul écoulement du temps et introduire entre les
« lots des inégalités qui n'existaient pas à l'origine, et, par
« suite, des causes de rescision que rien n'avait pu faire
« pressentir. Ce sera, si l'on veut, un chemin de fer, un pont,
« une rue qui auront été construits, une source qui aura
« surgi, un incendie qui aura éclaté; d'autres causes encore
« pouvant exercer une influence inégale sur la valeur des
« objets partagés, améliorant les uns, dépréciant les autres,
« qui se seront produites dans l'intervalle du partage au
« décès. De là des causes multiples de rescision, si l'estima-
« tion s'en doit faire d'après la valeur des biens au temps du
« décès. C'est là un véritable danger. Subordonnée à toutes
« les éventualités de l'avenir, l'œuvre du père de famille
« reste sans garantie suffisante de stabilité. L'acte destiné à
« fixer le sort de la famille, à prévenir les contestations
« entre ses membres, peut dégénérer en une source de procès
« et de spéculations honteuses. C'est à ce mal qu'il faut ap-
« porter remède... »

50. — Le remède serait-il dans la théorie de MM. Genty et Demolombe² qui ne voient dans le partage entre vifs qu'un ensemble de donations en avancement d'hoirie, et qui proposent d'appliquer à l'estimation des biens partagés la règle

1. BONNET, II, p. 273

2. GENTY, *Part. d'asc.*, p. 326, n° 547. — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, nos 220 et suiv.

que le Code établit pour le rapport des biens donnés sans dispense de rapport, de sorte que le mobilier serait estimé sur le pied de la valeur lors de la donation et les immeubles d'après leur état lors de la donation et leur valeur lors de l'ouverture de la succession (art. 860-862)? Ce système serait évidemment préférable au précédent, aujourd'hui surtout que les fortunes mobilières peuvent, d'un jour à l'autre, par un coup de hasard, par un placement heureux, par un remboursement de valeurs ou le gain d'un lot, prendre des développements considérables. Mais, ainsi que le remarque lui-même M. Demolombe, il ne serait qu'une atténuation des inconvénients « qui résultent de l'instabilité du partage
« entre vifs, subordonné qu'il est aux variations qui peuvent
« survenir dans la valeur des biens jusqu'au moment du décès de l'ascendant ». — De plus, le partage entre vifs n'a-t-il pas pour effet de dispenser du rapport les copartageants? Comment alors appliquer les règles du rapport à un cas où le rapport n'a précisément pas lieu?

51. — Le seul moyen d'obvier à cette instabilité que tous ces auteurs déplorent sans arriver à la prévenir consiste donc dans l'estimation des biens d'après leur valeur à l'époque de la donation-partage.

C'est la conclusion à laquelle sont arrivés MM. Labbé, Réquier et Laurent ¹.

52. — Après avoir examiné l'opinion des auteurs et motivé la nôtre, voyons quelle est celle de la jurisprudence.

La Cour de Cassation avait d'abord adopté la théorie que nous avons soutenue ²; elle ne faisait en cela que tirer une conséquence nécessaire du système qu'elle avait admis au sujet de la nature du partage entre vifs qu'elle considérait

1. LABBÉ, *J. du Palais*, 1863, p. 934. — RÉQUIER, nos 187 et s. — LAURENT, *Principes du droit civil*, XV, p. 153.

2. Cass., 12 juillet 1836 (S. 1836, 1, 531). — 4 fév. 1845 (D. 1845, 1, 49).

comme une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant. Mais par ses décisions postérieures à 1845, la Cour semble favoriser la doctrine qui ne voit dans le partage entre vifs qu'un ensemble d'avancements d'hoirie ; dans tous les cas, elle paraît maintenant fixée en ce sens qu'il faut estimer les biens d'après la règle de l'article 922¹ ; un arrêt récent vient même de décider pour la première fois, en matière de partages d'ascendants, que cette règle est applicable aux meubles².

Quant aux Cours d'appel, plusieurs d'entre elles sont tout d'abord restées fidèles à la jurisprudence première de la Cour de Cassation³ ; mais leurs arrêts postérieurs à 1845 ont presque tous été cassés. Aussi semblent-elles céder devant la persistance de la Cour suprême⁴. Seule la Cour d'Agen consacre encore, avec une persévérance remarquable, la doctrine que nous avons admise⁵.

Frappée des inconvénients que présentait la théorie de la Cour de Cassation et redoutant l'influence funeste que cette théorie pouvait exercer sur l'avenir de l'institution des partages d'ascendants, la Commission supérieure de l'enquête agricole, faite en 1866, 1867, 1868, avait émis le vœu qu'une réforme du Code vînt imposer l'obligation d'estimer les biens d'après leur valeur à l'époque de la donation-partage⁶. Deux

1. Cass., 26 déc. 1876 (D. 1877, 1, 171). — Bordeaux, 8 mai 1878 (D. 1879, 2, 183). — Rej. 15 mai 1876 (D. 1876, 1, 322). — Cass., 25 août 1869 (D. 1869, 1, 466). — Cass., 25 juin 1868 (D. 1868, 1, 239). — Cass., 29 août 1864 (D. 1864, 1, 345). — Cass., 28 juin 1864 (D. 1864, 1, 280). — Cass., 4 juin 1862 (D. 1862, 1, 401).

2. Req. 16 déc. 1878 (D. 1879, 1, 223).

3. Nîmes, 24 déc. 1849 (D. 1850, 2, 132). — Orléans, 27 déc. 1856 (D. 1858, 2, 77). — La Guadeloupe, 3 mars 1858 (D. 1859, 2, 30). — Poitiers, 5 mars 1862 (1862, 2, 119). — Agen, 30 juillet 1866 (D. 1866, 2, 121). — Agen, 12 déc. 1866 (D. 1867, 2, 18). — Agen, 8 juillet 1868 (D. 1868, 2, 241). — Agen, 31 déc. 1868 (D. 1869, 2, 9). — Agen, 12 fév. 1869 (D. 1869, 1, 467).

4. Lyon, 5 avril 1878 (D. 1879, 1, 224). — Limoges, 3 déc. 1868 (D. 1869, 2, 176). — Bordeaux, 9 juin 1863 (D. 1863, 2, 207).

5. V. la note 3 *in fine*.

6. V. *Documents généraux* (t. II, p. 19 et 69).

auteurs, MM. Réquier et Barafort¹, s'étaient associés à ce vœu qui avait été formulé de nouveau dans un projet de loi² déposé à la Chambre en 1871 par MM. Lucien Brun, Mortimer-Ternaux et Baragnon. Mais ce projet n'a pas eu le succès qu'il nous paraissait cependant mériter.

53. — La question que nous venons d'examiner ne présente aucune difficulté dans l'hypothèse d'un partage fait par testament. « L'époque du partage », dont parle l'article 890, est alors celle de l'ouverture de la succession; et c'est incontestablement suivant leur valeur à cette dernière époque qu'il faut estimer les biens pour vérifier si chacun des cohéritiers a reçu la part qui lui était due en cette qualité.

54. — A propos du partage testamentaire et de l'application à cet acte de l'article 1079, nous pouvons examiner une question intéressante. Si l'ascendant avait aliéné seulement quelques-uns des objets compris dans le partage, quel serait l'effet de cette aliénation partielle? Ou, pour généraliser, quel effet produiront sur le partage les changements survenus dans l'état ou la valeur des objets qui composent les lots, pendant l'intervalle qui s'est écoulé depuis la date de ce partage jusqu'au décès de l'ascendant, soit que ces changements procèdent du fait même ou de la volonté du disposant, soit qu'ils proviennent d'un cas fortuit ou d'un événement accidentel?

Voici, croyons-nous, la solution la plus exacte. Supposons d'abord que les changements proviennent du fait de l'ascendant ou qu'il les a connus en temps utile pour manifester sa volonté après l'événement qui les a produits; c'est l'hypothèse qui se présentera le plus souvent. Si les changements sont de telle importance que toute l'économie du partage soit détruite,

1. RÉQUIER, p. 455 et suiv. — BARAFORT, p. 167 et suiv.

2. *Journal officiel*, 21 juin 1871.

nous pensons que ce partage devra être considéré comme non avenu. L'ascendant a lui-même opéré ces changements, ou du moins il les a connus; malgré cela, il n'a pas remplacé par des dispositions nouvelles celles qu'on ne pouvait plus exécuter. Ne doit-on pas dès lors présumer qu'il a renoncé à faire le partage de sa succession? Mais si les changements survenus depuis la confection du testament, sans bouleverser l'économie du partage, se sont bornés à rompre les proportions établies entre les différents lots par le père de famille, et si celui-ci n'a pas, dans ce cas encore, rectifié son partage, ne doit-on pas penser qu'il a entendu le maintenir tel qu'il est? Il s'est peut-être dit que si quelque inégalité résultait des modifications survenues dans la valeur de quelques-uns des biens distribués, cette inégalité ne dépassait pas la limite fixée par la loi (art. 1079). Quoi qu'il en soit, il n'a rien fait pour rétablir l'harmonie primitive de ses dispositions; nous en concluons que sa dernière volonté a été que les lots fussent délivrés aux copartageants dans l'état où ils se trouvaient à son décès (art. 1018 et 1019). Si toutefois, par l'effet des changements survenus, l'un des héritiers éprouvait une lésion de plus du quart, ou s'il en résultait pour quelqu'un des enfants un avantage prohibé, le partage pourrait alors être attaqué en vertu de l'article 1079.

Faut-il donner les mêmes solutions lorsque l'ascendant a ignoré les changements, ou quand il n'a pas pu manifester sa volonté depuis qu'il les a connus? Nous le croyons. Le législateur veut qu'en matière de partages, il ne soit pas tenu compte des inégalités qui ne dépasseraient pas certaine limite ou qui ne porteraient pas atteinte à la réserve. L'ascendant, s'il eût connu les augmentations ou les diminutions survenues dans la valeur de certains lots, aurait-il, plus sévère que le législateur, tenu à modifier la répartition qu'il a faite de ses biens à l'effet de réparer des inégalités que la loi juge insuf-

fisantes pour vicier l'opération? Rien ne le prouve. Concluons donc que, comme dans l'hypothèse précédente, les enfants doivent prendre les biens tels qu'ils se trouvent lors de l'ouverture de la succession; qu'à moins qu'ils ne soient lésés de plus du quart, ou que leur réserve ne soit atteinte, ils ne peuvent exercer entre eux aucun recours en indemnité, sous prétexte que la distribution faite par l'ascendant se trouve modifiée en faveur ou au préjudice de l'un d'entre eux. Les auteurs qui accordent aux enfants le droit de réclamer, suivant les circonstances, des indemnités, nous semblent avoir perdu de vue le but du partage d'ascendant, qui est précisément d'éviter les recours et les contestations entre copartagés¹.

55. — Nous avons dit que l'article 1079, 1^o, n'était que la reproduction de l'article 887, 2^o. Nous avons emprunté aussi au droit commun des partages la disposition de l'article 890 pour en faire l'application au partage d'ascendant. Faut-il également, en notre matière, appliquer les articles 888, 891? Rien ne s'y oppose. L'article 891 notamment, en permettant au défendeur à l'action en rescision « d'en arrêter le cours et d'empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa part héréditaire, soit en numéraire, soit en nature », n'a-t-il pas pour but d'empêcher la rescision des partages? Et n'est-ce pas dans le partage d'ascendant que ce résultat est particulièrement désirable?

56. — Souvent, dans son partage, l'ascendant déclare que si l'un des lots se trouve plus fort que les autres, il entend donner par préciput la différence en plus à celui de ses enfants auquel ce lot appartiendra. Cette clause, fort usitée, est parfaitement valable. Qu'on n'objecte pas que cette déclai-

1. V. en sens divers : COLMET DE SANTERRE, IV, 243 bis; VII. — AUBRY et RAU, VIII, § 733. — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n^o 95 et suiv. — BONNET, II, n^o 417. — BERFAULD, II, n^o 156.

ration de l'ascendant ayant pour unique but d'interdire aux enfants l'action en rescision pour lésion de plus du quart, on n'en saurait dès lors tenir aucun compte. Cette critique n'est pas fondée. Sans doute l'ascendant excéderait ses pouvoirs si, par une clause de l'acte, il interdisait à ses enfants la faculté d'agir en rescision quand même l'un d'eux serait lésé de plus du quart. Lorsqu'il fait un partage, il doit se conformer à la règle de l'égalité. S'il l'a violée, l'acte n'a plus le caractère de partage, et il ne peut lui en faire produire les effets à l'aide d'une clause qui forcerait les enfants à l'exécuter comme tel malgré le vice dont il est atteint. Mais lorsque l'ascendant, prévoyant le cas où l'un des lots serait plus fort que les autres, déclare donner à celui qui l'aura l'excédant par préciput et hors part, il ne fait qu'user de la faculté que la loi lui confère d'avantager l'un de ses enfants dans les limites du disponible¹.

57. — Il est généralement reconnu en doctrine² et en jurisprudence³, bien que sur ce point on puisse émettre des doutes sérieux⁴, que l'ascendant qui, dans le contrat de mariage d'un de ses enfants, a fait à ce dernier une promesse d'égalité, n'en conserve pas moins le droit de faire ultérieurement entre ses descendants le partage de ses biens.

Cette promesse d'égalité, suivant MM. Aubry et Rau⁵, « vaut « comme institution contractuelle d'une part héréditaire dans « le disponible et ne vaut, du moins en général, que comme « telle ». L'ascendant entend s'interdire toute libéralité préciputaire qui réduirait la part virile et égale de l'enfant auquel il a fait la promesse. Mais en résulte-t-il que l'enfant puisse

1. Montpellier, 6 mars 1871 (D. 1871, 2, 232).

2. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 78 bis. — AUBRY et RAU, § 731, texte et note 12.

3. Dijon, 8 mars 1878 (D. 1878, 2, 78). — Civ., 25 févr. 1878 (D. 1878, 1, 443).

4. LAURENT, XV, p. 52.

5. AUBRY et RAU, VIII, § 739, 5°.

se plaindre s'il est lésé de moins du quart dans le partage? Nullement, répondent certains auteurs¹. L'ascendant n'a pas voulu créer une égalité plus parfaite que celle que la loi a elle-même prescrite. Or, cette égalité n'est absolue qu'en théorie. En fait, elle ne peut être que relative, car elle dépend d'évaluations essentiellement variables et incertaines. Aussi la loi, après avoir établi en principe l'égalité parfaite entre les descendants (art. 745), n'exige-t-elle dans l'application qu'une égalité approximative. La promesse de l'ascendant ne peut avoir plus de portée que celle de la loi. — Nous croyons également qu'il ne saurait être question de rescinder le partage pour une lésion de moins du quart; mais nous pensons que cette lésion autoriserait l'enfant auquel la promesse a été faite à demander la réparation du préjudice qui lui est causé. Une promesse librement consentie doit être respectée et celui qui l'a faite ne peut pas plus y contrevenir indirectement par des lotissements inégaux que par des dispositions préciputaires. Le bon sens dit qu'une promesse d'égalité exclut toute inégalité².

1. RÉQUIER, *Part. d'asc.*, n° 123.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 734, texte et note 34. — V. aussi Dijon, 13 juillet 1870 (D. 1872, 1, 94).

CHAPITRE IV

Les enfants peuvent-ils attaquer comme inégal le partage dans lequel l'ascendant n'a pas observé les règles prescrites par les articles 826-832 ?

58. — On sait que la loi reconnaît deux espèces de partages : le partage volontaire ou amiable et le partage judiciaire. Libre de toute entrave, le premier « peut être fait dans la forme par tel acte que les parties intéressées jugent convenable » (art. 819). Le second est soumis à certaines règles qui ont pour but d'assurer entre les copartageants la plus stricte égalité ; et il ne s'agit plus dans les articles 823 à 840 de l'égalité de valeur, égalité qui doit être observée dans tout partage, il s'agit de l'égalité en nature. « Chacun « des cohéritiers, dit l'article 826, peut demander sa part en « nature des meubles et immeubles de la succession. » L'article 832 ajoute : « Dans la formation et composition des lots, « on doit éviter autant que possible de morceler les héritages « et de diviser les exploitations, et il convient de faire entrer « dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, « d'immeubles ou de créances de même nature et valeur. » Citons encore l'article 827 : « Si les immeubles ne peuvent pas « se partager commodément, il doit être procédé à la licitation. »

59. — Auquel de ces partages faut-il assimiler le partage d'ascendant ? Permet-il au père, à la seule condition de respecter les règles résultant pour lui des seuls articles 1075 et

suivants, de répartir librement ses biens, qu'ils soient divisibles commodément ou non; de composer les lots d'objets de nature diverse, en faisant entrer les meubles dans les uns et les immeubles dans les autres, et même d'attribuer à quelques-uns de ses descendants la totalité des biens compris au partage en lotissant les autres au moyen de soultes ou retours en argent? Le partage d'ascendant n'est-il, au contraire, que le partage réglementé par les articles 823 et suivants, de sorte qu'en y procédant, le père de famille se borne à l'office du juge? En d'autres termes, les enfants pourraient-ils attaquer le partage dans lequel l'ascendant n'aurait pas observé les dispositions des articles précités? C'est là encore une question fort grave, fort controversée et dont l'examen, au point de vue économique surtout, ne manque pas d'opportunité.

Voici les trois principaux systèmes proposés par les auteurs.

60. — 1° D'après MM. Genty¹, Colmet de Santerre², Bonnet³, Lyon-Caen⁴, il faudrait distinguer entre le partage testamentaire et le partage entre vifs, déclarer applicables au premier les articles 826 et 832, affranchir, au contraire, le second des règles contenues dans ces textes.

a) S'agit-il d'un partage testamentaire? L'égalité, qui est la règle des partages, commande que chaque lot soit composé d'une égale quantité de biens de même nature. En fait, malgré l'importance qu'ont prise, depuis la promulgation du Code, les valeurs mobilières, il est encore bien des cas où l'on peut dire, comme Boullenois dans l'ancien droit, que celui qui a reçu des meubles est placé dans une moins bonne

1. GENTY, *Part. d'asc.*, p. 117.

2. COLMET DE SANTERRE, IV, 243 bis, 17.

3. BONNET, I, 283 et suiv.

4. LYON-CAEN, *Part. d'asc.*, p. 203.

condition que celui dont le lot est composé d'immeubles. C'est ce qui arriverait, par exemple, si l'ascendant n'avait attribué à l'un des descendants que des meubles meublants qui dépérissent par l'usage. De plus, le partage suppose une copropriété indivise; or, chacun des copropriétaires a un droit non-seulement sur la masse, mais encore sur chacun des objets qui la composent. Si l'on appliquait ce principe dans toute sa rigueur, chaque communiste devrait avoir une part dans tous les objets indivis. Mais pour éviter un morcellement excessif, la loi se borne à exiger que les lots de chaque héritier soient composés d'une même quantité de biens de même nature. Ainsi, d'une part, le maintien d'une stricte égalité; d'autre part, une conformité plus grande entre le fait et le droit qui résultent du partage, tel est le double fondement des prescriptions contenues dans les articles 826, 832. Ces prescriptions sont donc de la nature du partage. Or, le pouvoir que la loi accorde aux père et mère, c'est de faire « le *partage* et la *distribution* de leurs biens », et par conséquent elle leur impose virtuellement l'obligation d'observer les règles du partage. Les six articles consacrés par le Code au partage d'ascendant n'ont pas tout prévu ni tout réglé; ils ne se suffisent pas à eux-mêmes; ces dispositions de loi et celles que renferme le titre des successions doivent se prêter un mutuel secours. Est-ce que, par exemple, en ne reproduisant que deux des dispositions de l'article 887, les articles 1077 et 1079 auraient exclu la troisième qui permet d'attaquer le partage pour cause de violence ou de dol? Personne ne l'admet. Serait-on mieux fondé à refuser au partage d'ascendant l'application des articles 888 et 891? Pas davantage. Le titre des partages d'ascendants ne forme donc pas un ensemble complet; il doit, par cela même qu'aucun texte ne l'en dispense, emprunter au titre des successions les règles qui sont, sinon de l'essence,

du moins de la nature des partages. Dans l'exercice de cette « magistrature domestique » que le législateur leur confie, les ascendants ne peuvent agir autrement que les juges dont ils remplissent l'office. D'ailleurs, si les articles 826, 832, etc., ne régissent que les partages judiciaires, cela tient uniquement à ce que, dans les partages amiables, les descendants capables sont libres de renoncer à leur droit d'exiger la composition identique des lots.

Sans doute, ce système pourra avoir des inconvénients en empêchant les ascendants de tenir compte, dans la formation des lots, des convenances et des aptitudes de leurs enfants. La faute en est au législateur qui, par un respect, peut-être exagéré, pour le principe d'égalité entre les descendants, n'a pas jugé convenable de déroger en notre matière à la nécessité de la mise dans chaque lot d'une même quantité de biens de même nature. Il faut remarquer toutefois que l'ascendant ne se trouve pas réduit au rôle d'un simple expert et qu'il peut toujours tenir compte, dans une certaine mesure, des convenances des copartagés. Ainsi, il peut toujours attribuer à un descendant tel immeuble de préférence à tel autre, ce que ne pourrait faire un expert.

b) S'agit-il, au contraire, d'un partage entre vifs ? La solution est toute différente. Ce partage s'opère par le concours des volontés de l'ascendant et des enfants ; ceux-ci doivent accepter, et leur acceptation doit même être expresse. C'est donc un partage conventionnel ; or, les copartagés qui s'entendent peuvent faire le partage comme ils veulent ; ils ne sont pas liés par les dispositions restrictives des articles 826 et 832 ; c'est une garantie qui n'est établie en somme que dans leur intérêt ; rien ne les empêche d'y renoncer. Leur consentement légitime toutes les clauses du partage et d'après le principe de l'article 1135 : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

c) Mais s'il faut appliquer au partage testamentaire les articles 826 et 832 et par suite l'article 833, doit-on permettre à l'ascendant de s'affranchir de la règle de l'article 827 ? Nullement; on ne saurait admettre, sans une contradiction flagrante, que l'ascendant soit obligé d'observer les prescriptions des premiers de ces articles et qu'il puisse éluder, au contraire, celle du dernier. La disposition de l'article 827 tient encore à la nature du partage. Le législateur exige la licitation des immeubles impartageables, parce qu'à raison même de son caractère purement volontaire, elle maintient l'égalité entre les descendants. Elle met, en effet, les immeubles au concours entre les héritiers, elle leur permet de les acquérir ou d'en obtenir le prix le plus élevé possible, s'ils laissent des tiers s'en rendre acquéreurs. L'attribution qu'on permettrait à l'ascendant de faire à l'un des copartagés d'un immeuble impartageable n'aurait nullement cet avantage. Il y aurait acquisition forcée de cet immeuble pour le descendant dans le lot duquel il serait placé, et qui serait obligé de payer une somme d'argent excédant peut-être ses ressources. C'est là un résultat qu'on ne saurait accepter.

D'ailleurs, les partisans de ce système reconnaissent eux-mêmes le grave inconvénient qu'offre l'application de l'article 827 au partage testamentaire. L'ascendant qui a dans son patrimoine un immeuble impartageable, ou qui, en possédant plusieurs, n'en aurait cependant pas autant que de descendants, se trouve privé du droit de faire un partage par testament, s'il ne veut pas mettre préalablement cet immeuble ou ces immeubles aux enchères; et, s'il prend ce dernier parti, il pourra arriver que des biens dont il désirait peut-être tout spécialement la conservation dans sa famille, passent en des mains étrangères.

61. — 2° Suivant un second système, enseigné par

MM. Demolombe¹ et Aubry et Rau², il n'y aurait aucune distinction à faire entre le partage testamentaire et le partage entre vifs. Applicables au premier pour les raisons déjà exposées, les articles 826 et 832 le seraient également au second pour les mêmes motifs. Quant à l'argument tiré de l'acceptation des copartagés, on prétend le réfuter en disant « qu'en acceptant le partage fait sous forme de donation, les « donataires se lient bien vis-à-vis du donateur en ce qui « concerne, par exemple, les charges et les conditions que « celui-ci leur aurait imposées, mais qu'on ne saurait inférer « de cette acceptation une renonciation réciproque, de la « part des donataires, au droit d'attaquer le partage comme « tel; car il s'agit là d'une action qui ne s'ouvrira qu'au décès de l'ascendant, que l'enfant en droit de se plaindre du « mode de répartition des biens partagés ne pourra exercer « qu'en qualité d'héritier et à laquelle, par conséquent, il ne « peut renoncer du vivant de l'ascendant. »

Invoqué par M. Demolombe, cet argument peut avoir une certaine valeur. Déniant au partage entre vifs le double caractère que de nombreux auteurs lui reconnaissent, n'y voyant qu'une donation dans le présent et la simple éventualité d'un partage dans l'avenir, d'un partage subordonné à la qualité que prendront les descendants donataires au décès de l'ascendant, ce jurisconsulte est assez logiquement conduit à borner les effets du consentement de ceux-ci à la donation, sans les étendre à un partage qui pourra ne se réaliser jamais. Mais ce raisonnement se comprend moins de la part d'auteurs qui, comme MM. Aubry et Rau, voient dans le partage entre vifs un partage actuel. Si les descendants reçoivent et acceptent les biens dont l'ascendant se démet en leur faveur

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 199.

2. AUBRY ET RAU, VIII, § 752. — V. aussi BERTAULD, *Questions*, II, n° 220 et suiv.

non-seulement comme étant l'objet de libéralités individuelles, mais comme formant des lots de partage, s'ils sont des copartagés dès le moment de la donation, est-ce qu'en s'obligeant tous ensemble à respecter l'opération en tant que donation, ils ne contractent pas en même temps les uns vis-à-vis des autres l'engagement de la respecter également en tant que partage? Avant tout, les enfants ont fourni leur acceptation comme parties contractantes dans une convention librement formée et qui doit être exécutée de bonne foi. Or, la distinction qu'on propose est la suppression même de cette convention qui devrait faire la loi des parties. On la maintient comme donation, mais on la répudie comme partage, c'est-à-dire qu'en réalité on met à néant la donation-partagée. Et cependant une donation-partage, voilà bien le pacte de famille auquel avaient entendu concourir les parties! — Mais, dit-on, l'acceptation, si elle porte sur le partage, est nulle; c'est une convention sur succession future! — On oublie que le législateur, en autorisant le partage entre vifs, a précisément consacré une dérogation à la règle qui prohibe les stipulations sur les successions non encore ouvertes.

D'ailleurs, il y a dans la théorie que nous exposons une conséquence frappante. L'argumentation de MM. Demolombe¹ et Aubry et Rau² consiste en définitive à dire que le partage d'ascendant est soumis aux règles qui régissent le partage judiciaire par cela seul que la loi n'y fait aucune exception dans le chapitre consacré à ce premier mode de partage. De là il faudrait nécessairement conclure que l'article 827 est applicable au partage d'ascendant. Est-ce là ce que font les auteurs précités? Nullement; ils n'empruntent au titre des

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 200.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 132, note 1.

partages que les articles 826, 832 et 833. Pourquoi ? « Parce
« que les prescriptions de ces articles sont parfaitement con-
« ciliables avec l'exercice de la faculté que la loi accorde à
« l'ascendant de faire le partage de ses biens, tandis que
« l'application de l'article 827 le rendrait tout à fait impos-
« sible. »

Mais de quel droit fait-on un choix entre les règles qui régissent le partage judiciaire, appliquant les unes, écartant les autres ? Ce serait au législateur à faire ce choix, et si ces auteurs se sont vus obligés de choisir, cela ne prouverait-il pas que le législateur n'a pas parlé, n'a rien décidé, ce qui revient à dire qu'aucune règle du partage judiciaire n'est applicable au partage d'ascendant ? Ou toutes sont applicables — ce que personne ne soutient — ou aucune ne l'est.

62. — 3^o Aussi un troisième et dernier système, enseigné par MM. Réquier¹, Barafort², Laurent³, refuse-t-il d'appliquer au partage d'ascendant, qu'il soit fait par donation ou par testament, les articles 826, 827 et 832, et laisse-t-il au père de famille le droit de composer les lots de ses enfants avec la plus entière liberté. C'est le système que nous croyons devoir admettre et dont nous essaierons de démontrer la vérité, en nous plaçant au triple point de vue juridique, économique et moral.

63. — 1^o Et d'abord le texte et l'esprit de la loi commandent notre solution. L'article 1075 dispose que l'ascendant peut faire entre ses enfants le partage et la distribution de ses biens ; il garde le silence sur la manière dont l'ascendant

1. RÉQUIER, *Part. d'asc.*, nos 144 et suiv. — Toutefois, M. Réquier (n^o 141) est d'avis que le père ne peut pas donner tous ses biens à un seul de ses enfants en le chargeant de payer une somme d'argent aux autres ; car, dans ce cas, certains enfants n'auraient aucune portion du patrimoine de leur père. C'est là, croyons-nous, une concession malheureuse.

2. BARAFORT, *Part. d'asc.*, p. 9 et suiv.

3. LAURENT, *Principes*, XV, p. 71.

doit répartir son patrimoine; et ce silence est d'autant plus significatif que la loi déclare expressément applicables au partage d'ascendant les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations et testaments. Elle assujettit donc le partage d'ascendant au droit commun en tant que ce partage est un acte de disposition; elle ne dit rien du partage considéré comme acte de distribution. Que faut-il en conclure? Que l'ascendant n'est soumis à aucune règle à cet égard, sauf que le partage pourra être attaqué pour les causes déterminées par la loi. Ces causes sont l'omission d'enfants, la lésion de plus du quart, l'avantage excessif fait au profit d'un descendant. La loi ne dit pas que le partage est nul si l'ascendant ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article 832; peut-on dès lors admettre une nullité que la loi ne prononce pas et pour inobservation de formes qu'elle n'impose pas? Sans doute, il est des nullités virtuelles que le juge doit reconnaître. Mais du moins la nullité a une base; il y a un texte formel de loi qui a été violé, il faut donc une sanction qui ne peut être que la nullité, parce que telle est la volonté tacite du législateur. Mais dans notre matière, où est le texte violé? Il n'y en a pas. L'interprète crée d'abord une obligation que la loi n'impose nullement, puis il la sanctionne par une nullité. C'est tout simplement faire la loi.

On prétend qu'il faut compléter le titre des partages d'ascendants par celui des partages de successions; que les articles 826, 832 et même l'article 827 sont applicables aux premiers de ces partages par cela même que ceux-ci n'en sont pas expressément dispensés; que d'ailleurs les règles contenues dans ces dispositions légales sont de la nature des partages!

Mais en admettant qu'il faille compléter le titre des partages d'ascendants par le titre des partages de successions,

ce ne sont pas certainement les articles 826, 827 et 832 qu'il faut emprunter à ce dernier titre ; et cela pour une raison bien simple. Ces articles sont faits pour les partages judiciaires, et dans ces partages les dispositions restrictives de la loi se comprennent parfaitement. En effet, les lots sont tirés au sort ; il fallait bien, dès lors, les composer de façon que chacun comprît la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et de même valeur ; sinon, il y aurait eu inégalité entre les copartageants. Mais cette nécessité d'observer une égalité rigoureuse dans le partage judiciaire a d'incontestables inconvénients ; elle rend impossible les lots d'attribution, c'est-à-dire le partage qui tient compte des goûts, des besoins, des convenances, des aptitudes de chaque copartageant. A celui qui préférerait n'avoir que des valeurs mobilières, le sort peut attribuer des immeubles, et réciproquement. Les partages d'attribution sont bien plus favorables aux copartageants ; malheureusement c'est dans ces partages qu'éclatent les rivalités, les jalousies, les dissensions. Voilà pourquoi le père de famille peut faire un partage d'attribution entre ses enfants. Cette idée — que les père et mère connaissant parfaitement la valeur, les avantages, les inconvénients de leurs biens, pourront, mieux que personne, composer les lots en tenant compte des aptitudes et même des prédilections de leurs enfants ; qu'ils maintiendront ainsi la concorde dans la famille — est presque la seule qui se dégage avec quelque netteté des travaux préparatoires¹.

S'il en est ainsi, comment le partage d'ascendant pourrait-il être soumis aux règles des partages judiciaires ? Les articles 826 et 832 régissent les partages qui se font en justice, et dans lesquels les lots ne peuvent pas être formés par voie

1. LOCRÉ, II, p. 411, 415, 417.

d'attribution, et on les applique au partage d'ascendant que le législateur autorise précisément pour que l'ascendant distribue ses biens par voie d'attribution ! Il y a là une contradiction évidente. On dit à l'ascendant qu'il doit consulter les goûts, les convenances de chacun des enfants, afin que tous trouvent dans le partage la satisfaction de leurs intérêts, et on lui impose l'obligation de mettre dans chaque lot des objets de même nature, qualité et valeur !

En résumé, les articles 826 et 832 établissent des règles spéciales au partage judiciaire ; le partage d'ascendant ne peut être assimilé au partage judiciaire, puisqu'il a pour but de le prévenir et d'en écarter les inconvénients ; c'est donc au partage conventionnel qu'il faut l'assimiler, d'autant plus que, lorsqu'il s'agit d'une donation-partage, le consentement des parties est nécessaire. Or, le partage conventionnel n'est pas soumis aux prescriptions des articles précités.

Enfin, il est une autre contradiction que commettent les auteurs des deux premiers systèmes. Les uns appliquent les articles 826, 832, 833, 827, les autres les trois premiers seulement de ces articles ; mais ils n'appliquent pas les articles 824, 825, 834, qui exigent que les biens à partager soient estimés, que les lots soient composés par experts et tirés au sort ; car une telle solution serait évidemment absurde. Et cependant, dès qu'on entre dans la voie des emprunts à une autre loi, il n'y a pas de raison de s'arrêter arbitrairement à tel point plutôt qu'à tel autre, et de se restreindre sans motif à tel texte plutôt qu'à tel autre.

On invoque encore l'égalité qui est de la nature des partages, le droit de copropriété qui appartient aux héritiers ! Nous répondons que l'égalité dans la nature et dans la quantité des biens se comprend dans l'hypothèse d'un tirage au sort ; mais là où cette opération ne saurait être admise, on ne conçoit comme sage et équitable que l'attribution faite impar-

tialement par le père de famille suivant les convenances et les besoins de chaque enfant. La véritable égalité est celle qui concerne la valeur des objets partagés, et quand elle est violée, la loi donne une action en rescision pour cause de lésion. Mais l'égalité n'est pas blessée quand un lot se compose d'immeubles et l'autre de meubles, pourvu que les deux lots aient une égale valeur. Il y a là une question de convenance plutôt que d'égalité; or, le législateur lui-même l'a proclamé, l'ascendant qui fait un partage est juge des convenances.

Sans doute encore tout héritier a sur les biens de son auteur un droit de copropriété, et comme ce droit, celui d'un réservataire surtout, consiste à pouvoir demander une part en nature de chacun des objets à partager, il est certain que, dans une succession *ab intestat*, chaque enfant doit obtenir sa portion des meubles et immeubles de la succession, si la division en est possible. Mais on oublie que la question est justement de savoir si le droit commun des successions et des partages est applicable au partage d'ascendant. Or, nous avons dit que le pouvoir accordé à l'ascendant par les articles 1075 et suivants consiste à rendre celui-ci arbitre des raisons d'utilité et de convenance qui président à la répartition de sa fortune et le déterminent à attribuer telle nature de bien à tel enfant plutôt qu'à tel autre. Le droit de copropriété des enfants se combine donc avec le droit de distribution qui appartient à l'ascendant, et ces deux droits se concilient, pourvu que les descendants n'aient pas lieu d'invoquer l'article 1079.

Toutes les raisons déduites jusqu'ici pour écarter l'application des articles 826, 829, 832, s'appliquent au partage-testament comme à la donation-partage. Mais, pour ce dernier acte, il est encore en notre faveur un argument que nous ne faisons que rappeler et qui est tiré de l'acceptation des des-

cependants, du principe que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi.

64. — 2° Au point de vue économique et social, les systèmes que nous combattons sont absolument désastreux¹. Celui que nous soutenons favorise, au contraire, le développement de la prospérité publique et surtout les progrès de l'agriculture. Quelques courtes considérations sur ce point ne seront pas, pensons-nous, considérées comme une digression inutile.

On ne saurait méconnaître que, si la société est intéressée à la paix intérieure des familles, elle ne tire un avantage plus immédiat encore de la bonne administration des biens et de l'emploi judicieux que les particuliers font de leur fortune. Qui ne voit dès lors l'intérêt qu'il y a à faciliter une répartition des patrimoines plus intelligente que celle qu'on peut attendre d'un partage judiciaire, à permettre le groupement des biens d'après leur nature et d'après les aptitudes des enfants, à obtenir ainsi l'exploitation la plus productive? Qui ne voit qu'à une époque surtout où les deux richesses mobilière et immobilière ont une importance égale, il faut que le père puisse les répartir différemment en assurant aux capitaux le meilleur emploi, à l'usine la meilleure direction, au champ la meilleure culture! et comment le fera-t-il s'il est obligé d'observer les règles des articles 826, 827, 832?

N'est-il pas du plus grand intérêt aussi que les héritages soient conservés dans les familles? Nul n'ignore combien, d'une part, les mutations successives sont onéreuses et grèvent le capital d'exploitation, et, d'autre part, combien la suite et l'unité de vues sont utiles à une bonne gestion. Or, le partage d'ascendant, tel que nous l'entendons, permet de transmettre

1. A l'appui de cette allégation, MM. Réquier (n° 5) et Barafort (p. 121) citent des exemples frappants que l'expérience et une longue pratique judiciaire leur ont suggérés.

à un enfant, ordinairement à celui qui a déjà contribué à l'exploitation, l'intégralité de l'héritage¹. A un autre point de vue, le partage d'ascendant librement fait, en maintenant les héritages dans les familles, n'assure-t-il pas la fixité de ces familles dans le même lieu ? et n'est-ce pas par cette fixité que se créent les influences légitimes, ce que M. Le Play appelle les autorités sociales, lesquelles sont, sous toutes les formes politiques, et quelque dénomination qu'on leur donne, indispensables au bon ordre et à la stabilité de la société.

Enfin, dans notre système seul, le partage d'ascendant sert à éviter le morcellement excessif des exploitations rurales. Nous savons bien que les économistes, partisans du partage égal et forcé en valeur et en nature de biens, vantent les heureux effets du morcellement qui, disent-ils, est favorable à la bonne culture, nécessaire au bon ordre social, puisqu'il augmente le nombre des propriétaires, conforme, enfin, à l'idéal égalitaire, puisqu'il tend à restreindre les grandes propriétés. Toutes ces raisons ne nous paraissent pas justes. Si la première est quelquefois vraie, elle ne saurait être érigée en principe ; car il est telle région, en général tous les pays de grande culture, où une exploitation de quelque étendue est plus productive que plusieurs petites ; et, à mesure que les machines s'introduiront dans l'agriculture, les grandes exploitations deviendront de plus en plus avantageuses. Dans tous les cas, il est une mesure que le morcellement ne peut pas dépasser² ; et telle propriété qui faisait vivre une

1. Cette transmission intégrale de l'héritage est d'autant plus précieuse que celui-ci est plus restreint. M. Réquier (*Part. d'asc.*, p. 11) fait justement observer que l'espérance de cette transmission est pour le père le plus fort stimulant au travail et à l'épargne.

2. « Le législateur, disait le premier Consul, doit avoir essentiellement en vue les fortunes modiques ; elles seraient détruites par la trop grande subdivision du sol... » — Bigot-Prémeneu exprimait la même idée : « La division égale des biens détruit les petites fortunes. Un petit héritage coupé en parcelles n'existe plus pour personne. » Si l'héritage demeure entier, il reste un centre commun à la famille. » (Locré, II, p. 156 et 159.)

famille ne saurait plus faire vivre personne, une fois divisée en plusieurs portions. Une fois arrivé à une certaine limite, le morcellement amène la vente du fonds, et le fonds aliéné va reconstituer entre les mains d'un capitaliste cette grande propriété que l'on représente comme si dangereuse et si irrémédiablement atteinte par le fractionnement forcé qu'entraîne la loi des partages. Que deviennent dès lors les deux dernières raisons invoquées par les partisans du morcellement ¹? Impossibilité de tout progrès agricole, nécessité de diviser à chaque partage les frais et les instruments de culture, difficulté d'occuper une famille sur un fonds devenu trop exigü, — difficulté qui entraîne l'émigration vers les villes et, par suite, l'appauvrissement de cette race agricole à qui seule le pays peut demander des soldats forts, des travailleurs intrépides et des familles nombreuses; — licitations fréquentes rendues inévitables; voilà quelques-uns des inconvénients qui nous paraissent résulter du fractionnement exagéré des propriétés rurales. Il y en a bien d'autres encore que les économistes ont signalés et que le petit cultivateur pourra prévenir, si on lui permet de faire librement le partage de ses biens, d'attribuer, par exemple, la maison et le champ qui l'entoure à celui de ses fils qui, demeuré auprès de lui, a contribué déjà à l'exploitation de l'héritage (la véritable égalité sera ainsi observée) et de distribuer quelque somme d'argent entre ses autres enfants qui, le plus souvent établis au loin, ne sauraient que faire des quelques ares de terre qu'un partage judiciaire leur attribuerait.

Et qu'on ne croie pas que nous avons exagéré les inconvénients du morcellement excessif des terres. L'enquête ² que le ministre de l'agriculture et du commerce a récemment sol-

1. V. sur le morcellement des héritages : FR. PASSY, *Leçons d'économie politique*, I, p. 184. — BAUDRILLART, *Manuel d'écon. pol.*, p. 147.

2. V. sur ce point le *Correspondant* du 10 février 1880.

licitée de la part de la Société centrale d'agriculture et dont les résultats viennent d'être publiés, a démontré ¹ que la division illimitée des propriétés foncières dans certaines contrées de la France, était une des causes de la situation déplorable dans laquelle se trouve l'agriculture. Plusieurs rapporteurs ont constaté que le fractionnement des petits héritages rencontrait un obstacle réel dans l'usage qui s'est propagé dans certains pays du Midi, de faire des partages d'ascendants et de faire à l'aide de ces actes « un aîné », un héritier qui devient ainsi « la souche de la maison et conserve au bénéfice de tous le petit bien patrimonial ».

65. — 3° Enfin, à côté des diverses considérations juridiques ou économiques que nous avons développées, il en est dans l'ordre moral qui viennent appuyer notre thèse et auxquelles les auteurs n'attachent pas assez d'importance.

Un fait que tous les moralistes de bonne foi s'accordent à signaler, c'est l'affaiblissement de l'esprit de famille et de l'autorité paternelle. Nous savons bien qu'il y a à cela des causes plus élevées que la restriction du pouvoir du père dans la distribution des biens; que ces causes, il faut les chercher dans le défaut de croyances, dans le scepticisme des idées, dans les perturbations de toutes sortes qu'entraîne une civilisation très-avancée. Il n'en est pas moins vrai que tous les moyens sont bons lorsqu'il s'agit d'augmenter l'influence morale du père et de fortifier son autorité. Nous ne demandons pas, comme on l'a fait déjà sans succès, que la quotité disponible soit augmentée; mais du moins quand on peut donner aux textes du Code une interprétation qui permette à l'ascendant de jouer un autre rôle que celui d'un expert, qu'on le fasse sans hésiter. A notre avis, le droit de partager

1. En cela, cette enquête est d'accord avec celle qui a eu lieu en 1866, 1867 et 1868 et dont le rapporteur concluait déjà à la modification des articles 826, 827, 832. — MM. Réquier (p. 455 et s.) et Barafort (p. 101 et s.) sont arrivés à la même conclusion.

librement ses biens arme le père d'une autorité morale incontestable, non-seulement parce que l'enfant tiendra dès lors son patrimoine de la volonté paternelle et non de l'ordre de la loi ou des caprices du sort, mais parce qu'il permet encore d'affecter au plus digne la conservation en quelque sorte du foyer, des traditions de la famille.

66. — *Jurisprudence.* — Au sujet de la question qui vient d'être étudiée, la jurisprudence est, suivant l'expression d'un auteur, « un véritable chaos »¹. L'examen des décisions judiciaires les plus récentes ne peut que confirmer cette impression.

La Cour de Cassation, sans distinguer entre le partage testamentaire et le partage entre vifs, pose en principe l'application des articles 826 et 832 au partage d'ascendant; mais lorsqu'un bien n'est ni utilement ni commodément partageable, elle permet à l'ascendant de le mettre dans le lot d'un seul des copartageants; elle repousse donc l'application de l'article 827; c'est là une contradiction que nous avons suffisamment relevée².

Il importe toutefois de relever dans cette jurisprudence une incohérence frappante. Quand la Cour suprême casse des décisions de cour d'appel pour violation des articles 826, 832, ses arrêts sont d'une rigueur extrême. Quand elle rejette des pourvois fondés sur l'inobservation des mêmes dispositions légales, elle se rapproche parfois de l'opinion que nous avons soutenue. C'est ainsi qu'on lit dans un arrêt de rejet du 8 janvier 1872 (D. 1872, 1, 94) le motif suivant : « Attendu « qu'il appartenait au père de famille de chercher pour la « distribution de ses biens une combinaison qui sauvegardât

1. LAURENT, XV, p. 82.

2. Civ. Cass., 26 déc. 1876 (D. 1877, 1, 171). — Req. 8 mars 1875 (D. 1875, 1, 278). — Req., 24 déc. 1873 (D. 1874, 1, 452). — Req., 3 avril 1873 (D. 1873, 1, 196). — C. rej., 23 mars 1869 (D. 1869, 1, 533). — Req., 24 juin 1863 (D. 1863, 1, 289).

« le principe de l'égalité entre ses enfants et satisfait en même
« temps aux intérêts et aux convenances particulières de
« leurs situations respectives.... » — Dans un autre arrêt de
rejet du 8 mars 1875 (D. 1875, 1, 278), la Cour décide que
« les juges du fait peuvent déclarer que les immeubles
« n'étaient ni utilement ni commodément partageables, en se
« fondant moins sur leur consistance matérielle que sur les
« conditions dans lesquelles s'effectuait le partage, notam-
« ment sur l'obligation qui incombait à l'héritier, qui n'a reçu
« que des valeurs mobilières, de rapporter les sommes dont
« il était débiteur envers l'ascendant, et sur la nécessité de
« payer ses dettes au lieu de l'exposer à l'expropriation
« immédiate des immeubles qui lui seraient attribués.... » —
Il est évident que tout en appliquant les articles 826, 832,
tout en déclarant que les règles prescrites par ces articles
sont de l'essence des partages, la Cour de Cassation subit
l'influence des faits. Qu'elle reconnaisse donc qu'en notre
matière l'influence des faits est décisive, en vertu de la loi
même qui, dans les articles 1075 et suivants, confie au père
un pouvoir dont il doit user diversement suivant la diversité
des circonstances.

67. — Quant aux cours d'appel, si quelques-unes¹ d'entre
elles écartent l'application des articles 826, 832, presque
toutes² l'admettent, en théorie du moins. Car ces cours subis-
sent, elles aussi, l'influence des faits; elles cherchent des
accommodements avec les principes, afin de ne pas être obli-
gées d'annuler des partages dont toutes les dispositions leur
paraissent équitables et sagement combinées dans l'intérêt
bien entendu de la famille. Tout en déclarant que les articles

1. Nîmes, 10 avril 1847 (D. 1848, 2, 102). — Agen, 12 déc. 1866 (D. 1867, 2, 17). —
Dijon, 13 juillet 1870 (D. 1872, 1, 94).

2. Montpellier, 10 janvier 1878 (D. 1880, 2, 35). — Grenoble, 10 mai 1873 (D. 1874, 5,
366).

826, 832 posent des règles fondamentales, elles reconnaissent que ces règles n'obligent pas si étroitement le père de famille, même alors que les immeubles seraient commodément divisibles, qu'il ne puisse distribuer les biens de la manière la plus utile aux intérêts respectifs des enfants, s'il n'en résulte, d'ailleurs, aucune inégalité de valeur¹; que si l'on assujettissait rigoureusement l'ascendant à observer les articles 826, 832, il se trouverait souvent dans l'impossibilité de faire un partage qui réponde aux besoins et aux désirs de ses enfants²; que la commodité de division ne doit pas s'entendre de la division matérielle des immeubles qui est presque toujours facile; mais que la loi veut qu'on forme des lots qui n'aient pas pour résultat de déprécier la masse héréditaire et de détruire la valeur qui peut résulter, soit de la contiguïté des terres, soit de leur réunion en corps de domaine, sans que cette perte soit compensée par aucun avantage particulier ou par la convenance d'aucun copartageant³.

68. — En somme, il résulte de cette jurisprudence que la règle de l'article 832, applicable en principe aux partages d'ascendants, n'a rien d'absolu. Le texte lui-même contient des expressions (« il convient... s'il se peut ») qui donnent au juge une certaine latitude. Mais jusqu'où va cette latitude? On chercherait en vain dans les arrêts un principe qui décide ce que l'ascendant peut et ce qu'il ne peut pas faire. Tout dépend des circonstances que les juges apprécieront⁴. Si, en l'absence de circonstances qui légitiment une dérogation à l'article 832, l'ascendant n'a pas composé les lots d'une pareille

1. Riom, 10 mai 1851 (D. 1852, 2, 255). — Limoges, 3 déc. 1868 (D. 1869, 2, 176). — Chambéry, 12 fév. 1873 (D. 1873, 2, 159).

2. Nîmes, 20 nov. 1854 (D. 1855, 2, 107). — Poitiers, 20 fév. 1861 (D. 1861, 2, 94).

3. Grenoble, 27 nov. 1851 (D. 1854, 2, 176). — V. encore : Lyon, 23 mars 1877 (D. 1878, 2, 34). — Bourges, 18 mai 1874 (D. 1875 1, 278).

4. Civ. Cass., 26 déc. 1876 (D. 1877, 1, 171). — Req., 25 fév. 1878 (D. 1878, 1, 449).

quantité de meubles et d'immeubles de même nature, la nullité pourra être demandée par l'enfant, au détriment duquel l'irrégularité a été commise. L'action qui est ouverte à cet enfant, c'est une action en nullité pour violation de la loi, et non une action en rescision pour cause de lésion; de sorte que le partage pourra être annulé quand même il serait établi que ce partage, bien qu'irrégulier, ne cause aucun préjudice au demandeur! On décide également que l'article 891 n'est pas applicable en cette matière.

CHAPITRE V

A quelle époque s'ouvrent les actions en nullité et en rescision? — Quelle est leur durée? — Prescription. — Confirmation du partage.

§ 1. — *A quelle époque s'ouvrent les actions en nullité et en rescision?*

69. — L'action accordée, au cas d'omission d'un descendant, soit au descendant omis, soit aux descendants compris dans le partage, étant une véritable action en partage de succession, ne peut évidemment prendre naissance et être exercée qu'à la mort de l'ascendant, sans distinction entre le cas où il s'agit d'un partage testamentaire et celui où il s'agit d'un partage entre vifs. Ce n'est, d'ailleurs, qu'à cette époque qu'on peut savoir si la condition d'exercice de cette action, l'omission d'un descendant, existe. Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord.

70. — Mais de graves difficultés s'élèvent au sujet du moment à partir duquel peut être exercée l'action en rescision pour cause de lésion. Le doute ne peut pas exister pour le partage testamentaire : l'action en rescision pour lésion ne peut être exercée contre ce partage qu'au décès de l'ascendant; ce n'est qu'à cette époque qu'il produit ses effets. Mais dans l'hypothèse d'un partage entre vifs, l'action ne naît-elle qu'après la mort de l'ascendant, ou pourra-t-elle être

exercée du vivant même de ce dernier? Voilà encore une question dont la solution dépend du point de savoir quelle est la nature du partage entre vifs et si cet acte revêt, dès l'instant où il est fait, le caractère de partage.

71. — Pour nous, le caractère de partage étant conditionnel¹, il faut appliquer le principe général de l'article 1180 : *pendente conditione*, le copartagé ne peut faire que les actes conservatoires de son droit. Il ne peut donc pas intenter une action en rescision avant que la condition soit réalisée, avant que la qualité d'héritier réservataire, en vue de laquelle l'ascendant a fait son partage, soit née, c'est-à-dire avant le décès de cet ascendant.

72. — La plupart des auteurs sont arrivés à cette conclusion, mais par des raisonnements différents du nôtre et qui, de plus, n'ont, même entre eux, aucune analogie; ce qui se comprend, puisque chaque jurisconsulte, pour ainsi dire, a sa théorie spéciale sur la nature du partage entre vifs. Que les auteurs qui ne voient dans un tel partage, tant que vit l'ascendant, qu'un ensemble d'avancements d'hoirie², ajournent l'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion au décès de l'ascendant, cela se comprend. Mais on s'explique moins que la même solution soit adoptée par certains auteurs qui voient dans le partage entre vifs un partage actuel produisant — il est vrai, suivant des distinctions qui varient à l'infini — des effets de partage³. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit déjà à ce sujet⁴. Signalons seulement la singulière théorie de M. Réquier⁵, d'après lequel l'action en rescision prend naissance dès le jour de la

1. V. au chapitre I^{er} les nos 6 et 7.

2. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, nos 220 et suiv. — GENTY, p. 258 et suiv.

3. BONNET, II, nos 627 et suiv. — AUBRY et RAU, VIII, § 734, note 19.

4. V. au chapitre I^{er} le n^o 5, p. 108.

5. RÉQUIER, nos 231 et suiv.

donation-partage, mais ne peut être intentée utilement qu'au décès de l'ascendant !

73. — Parmi les auteurs qui accordent à l'enfant lésé le droit d'agir en rescision du vivant de l'ascendant, les uns se fondent soit sur cette idée que l'ascendant, avant de faire son partage, a commencé par faire à ses enfants une donation collective qui a établi entre eux des rapports de copropriétaires, rapports qui entraînent le droit à l'égalité et partant le droit à l'action en rescision, quand cette égalité est rompue¹; les autres s'appuient sur cette autre idée que le partage entre vifs n'est que l'ouverture anticipée et fictive de la succession du donateur². Nous avons écarté ces différents systèmes et en même temps les conséquences qu'on en tire.

74. — On fait valoir souvent à l'appui de la solution que nous avons admise certaines considérations morales. Le spectacle d'enfants attaquant l'œuvre de leur père du vivant de celui-ci serait, dit-on, véritablement odieux. L'ascendant s'est dépouillé volontairement en faveur de ses enfants; ceux-ci doivent tout à leur père alors même qu'ils sont inégalement lotis; et l'on veut qu'ils demandent la nullité d'un acte qui les gratifie, qu'ils puissent se prétendre lésés alors qu'en réalité ils sont avantagés ! Et que résultera-t-il de cette doctrine ? L'enfant respectueux n'agira pas; si l'on décide néanmoins qu'il a le droit d'attaquer le partage, la prescription courra contre lui, et elle pourra être accomplie à la mort du père; ainsi, l'enfant qui remplit son devoir perdra le droit de faire tomber le partage qui le lèse, tandis que celui qui oublie toute piété filiale agira !

75. — Mais, sur ce terrain, nos adversaires peuvent, eux

1. COLMET DE SANTERRE, IV, 247 bis, 12. — M. Bertauld, qui semble donner la même base au partage entre vifs, ajourne cependant l'exercice de l'action en rescision au décès de l'ascendant. (*Questions*, II, nos 110 et 111.)

2. LAURENT, *Principes*, XV, p. 139 et suiv.

aussi, invoquer d'excellentes raisons. Et d'abord, l'action n'est pas dirigée contre le père qui reste étranger au procès. De plus, est-ce que l'enfant qui agit dénonce une injustice du père ? Nullement ; il demande à rétablir le véritable sens des volontés paternelles, dénaturées par des erreurs d'appréciation, et il n'y a là ni immoralité, ni ingratitude. Du reste, seront-elles plus morales, ces plaintes incessantes qui troubleront les dernières années de l'ascendant, ces menaces de rescision dont sa vie sera hautement accusée de retarder l'accomplissement ? Enfin, ne vaut-il pas mieux que le père soit présent afin d'empêcher les procès naissants et de rétablir par son influence et, au besoin, par de nouveaux sacrifices, la paix un instant troublée ?

76. — Laissons donc de côté ces considérations morales qui ont une incontestable valeur, mais qui se détruisent réciproquement. Les seules raisons de décider sont celles que nous avons tirées de la nature du partage entre vifs, celle aussi qu'on peut déduire de l'inutilité de l'exercice de l'action en rescision pendant la vie de l'ascendant. En effet, de deux choses l'une¹ : ou bien la rescision ne fait tomber que le partage et laisse subsister la donation, de sorte que chaque copartagé reste saisi, comme donataire, des biens qui lui ont été attribués. Dès lors, l'enfant qui aurait fait annuler le partage, ne pourrait pas exiger le rapport des biens donnés avant l'ouverture de la succession de l'ascendant et, par conséquent, il lui serait impossible d'obtenir une nouvelle répartition. Ou bien le partage entre vifs est indivisible ; annulé comme partage, il ne peut valoir comme donation. Alors les biens rentrent dans le patrimoine du donateur, et l'enfant qui aurait fait prononcer la rescision n'aurait aucun moyen pour forcer l'ascendant à faire une nouvelle donation et un second partage.

1. V. le chapitre qui traite des effets de la nullité et de la rescision.

Donc, dans tous les cas, l'action en rescision resterait sans résultat.

77. — Enfin, il est en notre faveur un dernier argument. Comment l'un ou l'autre des descendants lotis au partage pourrait-il, avant le décès de l'ascendant, être admis à l'attaquer pour cause de lésion, alors que celui-là même qui y a été complètement omis n'est pas, avant cette époque, recevable à l'attaquer à raison de sa préterition (art. 1078) ?

78. — La jurisprudence qui, en général, semble considérer le partage entre vifs comme ne constituant, pendant la vie de l'ascendant, qu'un ensemble d'avancements d'hoirie, a adopté la théorie qui ajourne au décès de l'ascendant l'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion¹.

79. — Quant à l'action en nullité pour inobservation des articles 826 et 832, la jurisprudence et les auteurs qui admettent son système décident qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort de l'ascendant, alors même que le partage a été fait entre vifs².

80. — Il est une sorte de partage dont l'usage est très-fréquent; c'est le partage conjonctif ou cumulatif. Il arrive souvent que les père et mère réunissent leurs biens personnels en une seule masse pour en faire par donation le partage entre leurs enfants. Dans cette hypothèse, l'action en rescision pour lésion peut-elle être exercée à la mort du prémourant, ou ne peut-elle être intentée qu'au décès du survivant ?

81. — D'après une jurisprudence presque unanime, il faut

1. Limoges, 3 déc. 1868 (D. 1869, 2, 176). — Poitiers, 5 mars 1862 (D. 62, 2, 119). — Pau, 9 juillet 1861 (D. 1861, 2, 192). — Toulouse, 22 mai 1863 (D. 1863, 2, 78). — Cass. req., 28 février 1855 (D. 1855, 1, 81). — Cass. civ., 31 janvier 1853 (D. 53, 1, 31). — Paris, 8 avril 1850 (D. 1850, 2, 134). — V. encore : Montpellier, 10 janvier 1878 (D. 1880, 2, 35). — Poitiers, 4 fév. 1878 (D. 1878, 2, 67).

2. ACBRY et RAR, VIII, § 732, note 7. — On sait qu'avec plusieurs auteurs nous n'admettons pas cette action en nullité. — V. le chap. IV.

que l'enfant qui se prétend lésé attende pour agir la mort du survivant des ascendants. Les auteurs admettent également cette solution.

Mais arrêts et auteurs apportent à leur théorie une restriction pour le cas où les biens maternels et paternels, quoique partagés par un même acte, auraient été distribués comme des patrimoines distincts. Il y a alors deux partages compris dans un seul acte et, par suite, il n'y a aucune difficulté à diviser l'action en rescision, à l'ouvrir contre le partage des biens du père prédécédé, à la mort de ce père, ou contre la distribution des biens de la mère prédécédée, à la mort de celle-ci. Mais quand les biens ont été confondus sans distinction d'origine, comment séparerait-on des clauses d'un même acte et scinderait-on un partage qui, matériellement et dans la pensée des parties contractantes, forme un tout indivisible ? Demander la rescision du partage relativement aux biens de l'ascendant prédécédé, ce serait la demander aussi pour les biens du survivant, et il est admis qu'aucune action ne peut être intentée contre le partage d'un ascendant du vivant de ce dernier. La jurisprudence la plus récente et la doctrine décident, à raison de cette indivisibilité, que l'action ne pourra être intentée qu'après la mort des deux époux, qu'au surplus, cette action ne sera fondée qu'autant que le demandeur serait lésé de plus du quart sur la part qui devait lui revenir dans la masse unique et indivisible des deux patrimoines. Ajoutons immédiatement, afin de ne pas avoir à revenir sur ce point lorsque nous étudierons l'article 1079, 2°, que l'enfant ne pourrait se plaindre pour atteinte à la réserve qu'autant qu'il n'aurait pas sa réserve dans cette même masse unique et indivisible.

Les mêmes solutions sont, avec la même distinction, appliquées par les auteurs et par les arrêts à l'hypothèse où un époux survivant a fait entre ses enfants le partage de ses

biens et de ceux qui composent la succession de son conjoint prédécédé¹.

82. — Mais ces solutions sont-elles bien justes? Il est permis d'en douter. Cette indivisibilité sur laquelle on se fonde existe-t-elle bien réellement? Elle ne résulte pas des choses qui sont comprises dans le partage : car, en réalité, il y a deux patrimoines bien distincts, bien qu'en fait ils soient plus ou moins intimement confondus ; donc la division est de droit.

On prétend que cette indivisibilité résulte de l'intention des père et mère et que les enfants s'associent à cette volonté, puisqu'ils concourent au partage en l'acceptant. La question se réduit donc à savoir si les ascendants ont le droit de faire de leurs biens un tout indivisible, de sorte que le partage soit, lui aussi, indivisible. Or, ce droit ne nous paraît pas établi. Chaque époux ne peut donner que ce qui lui appartient : les enfants ont le droit de réclamer leur réserve sur la succession particulière de leur père et de leur mère ; à la mort de l'un de leurs ascendants, ils sont saisis par la loi des biens du prédécédé, ils y ont un droit actuel, immédiat, qu'aucune convention ne peut leur enlever. Restent les difficultés de fait qui peuvent être fort compliquées, mais dont le juge ne peut se prévaloir pour repousser une demande².

1. V. en ce sens sur les deux hypothèses : AUBRY et RAU, VIII, § 734. — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, no 227. — BONNET, II, 666. — RÉQUIER, no 240. — Toulouse, 26 juillet 1878 (D. 1879, 2, 177). — Civ. Cass., 26 déc. 1876 (D. 1877, 1, 171). — Civ. Cass., 15 mai 1876 (D. 1876, 1, 322). — 27 juillet 1874 (D. 1875, 1, 367). — Cass. req., 18 juin 1867 (D. 1867, 1, 274). — Montpellier, 6 mars 1871 (D. 1871, 2, 252). — Toulouse, 22 mars 1863 (D. 1863, 2, 78). — Agen, 7 juin 1861 (D. 1861, 2, 116) et 1^{er} juin 1864 (D. 1864, 2, 183).

2. En ce sens : LAURENT, *Principes*, XV, p. 152. — Agen, 17 novembre 1856 (D. 1856, 2, 297) et 16 février 1857 (D. 1858, 2, 106).

§ 2. — *Dans quel délai les actions en nullité et en rescision peuvent-elles être intentées ?*

83. — L'action prévue par l'article 1078 dure trente ans. Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord (art. 816).

84. — En ce qui concerne l'action en rescision pour cause de lésion, il faut distinguer. S'agit-il d'un partage entre vifs ? L'action doit être intentée dans le délai de dix ans. Le partage entre vifs est une convention, puisqu'il ne peut se faire que par donation. C'est donc le cas d'appliquer l'article 1304.

Mais il n'en est pas de même lorsque le partage est testamentaire. Le testament n'est pas une convention, et il est généralement admis que la disposition de l'article 1304 est étrangère aux actions en nullité ou en rescision ouvertes au profit de tierces personnes contre des actes auxquels elles n'ont pas participé. On rentre donc dans la règle générale de l'article 2262, d'après laquelle toutes les actions se prescrivent par trente ans¹.

85. — Le délai de la prescription court du jour de la mort du testateur et non pas du jour de la découverte du testament, s'il s'agit d'un partage testamentaire. S'agit-il d'un partage entre vifs ? Si l'on admet, ainsi que nous l'avons fait, que l'action en rescision ne peut être exercée du vivant de l'ascendant, il faut nécessairement décider que la prescription ne court qu'à partir du décès de cet ascendant. C'est l'opinion de la majorité des auteurs, et la jurisprudence l'a consacrée². Pour les jurisconsultes qui reconnaissent à l'enfant lésé le droit d'agir en rescision pendant la vie même de

1. AUBRY et RAU, VIII, § 734, note 22. — Req., 22 janvier 1872 (D. 1872, 1, 321).

2. AUBRY et RAU, § 734, note 20. — DEMOLOMBE, n° 225, et les arrêts cités à la page 182, note 1.

l'ascendant, la prescription court au contraire du jour de la donation¹.

86. — Au cas de partage cumulatif, il est généralement admis que la prescription de l'action en rescision ne court que du jour du décès du survivant des ascendants².

87. — Quant à l'action en nullité pour inobservation des règles des articles 826 et 832, elle se prescrit par dix ans à partir du décès de l'ascendant ou du survivant des ascendants, si le partage est fait entre vifs, et par trente ans à partir du décès de l'ascendant, si le partage est testamentaire³.

§ 3. — *De la confirmation des partages annulables ou rescindables.*

88. — Un acte nul de plein droit, un acte inexistant ne peut être confirmé; on ne confirme pas le néant. Or, le partage d'ascendant dans lequel un enfant a été omis doit être considéré comme non avenu (art. 1078). Sans doute, il peut se faire que l'enfant omis perde le droit de provoquer un nouveau partage par suite d'une prescription acquisitive accomplie au profit des autres descendants sous les conditions déterminées par l'article 816; il se peut aussi qu'à la mort de l'ascendant cet enfant omis renonce à la succession et que, par la force même des choses, cette renonciation enlève rétroactivement la cause de nullité du partage. Mais en dehors de ces circonstances, le partage nul pour prétériton d'un enfant ne peut être confirmé ni expressément, ni tacitement;

1. LAURENT, p. 148. — COLMET DE SANTERRE, IV, 247 bis, 12 et s. — VAZEILLE, *Des Prescriptions*, II, 563. — LAROMBIÈRE, *Des Oblig.*, art. 1304. — 41 à 43.

2. V. les arrêts cités à la page 184, note 1.

3. AUBRY et RAU, § 732.

car on ne peut pas donner d'existence légale à un partage qui n'existe pas aux yeux de la loi.

89. — Mais il en est autrement lorsque le partage de l'ascendant est simplement annulable ou rescindable. En règle générale, tout acte contre lequel la loi admet l'action en nullité ou en rescision peut être confirmé soit expressément, soit tacitement. A cette règle posée par l'article 1338, il n'est pas fait d'exception pour l'acte entaché de lésion; c'est même l'action qui naît de ce vice que la loi qualifie régulièrement d'action en rescision (art 887, 1079, 1305, 1674). Rien ne s'oppose donc à la confirmation d'un partage d'ascendant rescindable pour cause de lésion. Cette théorie est aujourd'hui universellement admise¹.

90. — La confirmation n'étant autre chose que la renonciation au droit d'agir en nullité, il faut que celui qui confirme soit capable de renoncer, c'est-à-dire, dans notre matière, qu'il ait la libre disposition de sa part héréditaire dans les biens partagés. Ainsi la femme mariée sous le régime dotal avec constitution de biens à venir ne peut confirmer le partage entaché de lésion à son préjudice; car, en renonçant à l'action en rescision, elle diminuerait son patrimoine dotal du quart de sa portion héréditaire et ferait ainsi un acte de disposition des biens dotaux, ce qui lui est interdit².

91. — Quand la confirmation peut-elle avoir lieu? Après le décès de l'ascendant, lorsque le partage est testamentaire; cette solution est incontestable. Mais en est-il de même dans l'hypothèse d'un partage entre vifs? Non, si l'on permet à l'enfant lésé d'attaquer ce partage avant le décès de l'ascendant; on ne peut lui refuser alors le droit de renoncer à son action avant cette époque³. Mais si l'on admet, comme nous

1. Req., 26 février 1877 (D. 1878, 1, 162).

2. Cass., 2 juillet 1866 (D. 1866, 1, 327).

3. Agen, 2 juin 1858 (D. 1858, 2, 216).

l'avons fait, que l'action en rescision ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant, il faut reconnaître que du vivant de ce dernier il ne peut y avoir de confirmation valable ; on ne peut, en effet, renoncer à une action en nullité qui n'existe pas¹.

92. — A quelle époque un partage cumulatif peut-il être confirmé ? Supposons un tel partage fait par les père et mère ; si l'on reconnaît² que l'enfant peut agir contre le partage après le décès de l'un des ascendants en divisant son action, il faut admettre qu'il peut aussi confirmer le partage en ce qui concerne les biens du prédécédé. Il semble tout d'abord que cette confirmation doive être pleinement efficace. La succession de l'un des père et mère est ouverte, l'enfant reçoit sa part héréditaire toute partagée, il a connaissance de la lésion qui vicie le partage, il le confirme néanmoins d'une manière expresse avec toutes les formalités requises ; pourquoi cette confirmation ne serait-elle pas valable ? Parce que le partage est indivisible ? Nous avons dit ce que nous pensions de cette prétendue indivisibilité. Parce que le respect que l'enfant a pour le père ou la mère qui survit ne lui laisse pas la liberté de son consentement ? La seule crainte révérentielle ne suffit pas pour faire annuler un contrat (art. 1114).

93. — Toutefois, cette opinion ne prévaut ni dans la doctrine³, ni dans la jurisprudence⁴. Il est généralement admis que l'action en rescision n'est pas ouverte pendant la vie du survivant des père et mère qui ont fait un partage conjonctif ; d'où l'on tire cette conséquence que, pendant la même période, le partage ne peut être confirmé.

94. — On reconnaît de même, qu'au cas de partage cumu-

1. Cass., 8 mars 1875 (D. 1875, 1, 278). — Cass., 9 juillet 1872 (D. 1873, 1, 72). — Bordeaux, 8 juin 1870 (D. 1873, 1, 196). — Cass., 11 juin 1872 (D. 1872, 1, 452).

2. LAURENT, XV, p. 177. — Agen, 16 février 1857 (D. 1858, 2, 106).

3. AUBRY et RAU, VIII, § 734. — RÉQUIER, n° 250. — BONNET, II, 661.

4. Toulouse, 26 juillet 1878 (D. 1879, 2, 177).

latif fait par un même acte entre vifs et comprenant confondus dans une seule masse indivisible, sans distinction d'origine et sans indication des valeurs respectives, les biens de l'époux survivant et ceux de son conjoint prédécédé, la confirmation ne peut utilement intervenir qu'après le décès de l'ascendant survivant¹.

95. — Il est bien évident que toutes les solutions que nous avons données au sujet de l'action en rescision du partage cumulatif, de la prescription de cette action et de la confirmation de cet acte supposent le partage fait à des enfants communs du père et de la mère et l'action en rescision exercée par l'un de ces enfants. S'il s'agit, au contraire, d'enfants de lits différents, ni la confusion des biens qui n'a plus de raison d'être et qui n'est le plus souvent qu'un moyen de dissimuler la lésion, ni la survivance de celui des conjoints qui n'est pas l'auteur commun ne peuvent être des obstacles à ce que l'enfant du premier lit intente son action en rescision. A son égard, en effet, la lésion se produit et peut se prouver dès la mort de l'auteur commun, auquel seul il est habile à succéder. Les conséquences que la nullité du partage est de nature à entraîner pour l'enfant du second lit ne peuvent évidemment paralyser cette action qui, s'ouvrant à la mort de l'auteur commun, commence à se prescrire dès ce moment².

96. — Comment doit se faire la confirmation? C'est le droit commun qu'il faut appliquer ici, puisque la loi n'y déroge pas. La confirmation peut donc être expresse ou tacite. Quand la confirmation est expresse, l'article 1338 prescrit des formes particulières pour la validité de l'écrit qui la constate. Lorsque ces formes n'ont pas été observées, la confirmation est-elle nulle? Non. Tout ce qui résulte de cette

1. Cass., 19 décembre 1859 (D. 1859, 1, 491).

2. Bordeaux, 17 décembre 1875 (D. 1877, 2, 211).

inobservation, c'est que l'écrit ne pourra servir de preuve, mais la preuve de la confirmation pourra se faire autrement, par un des modes légaux prescrits au titre des obligations¹.

97. — Il y a confirmation tacite du partage quand l'acte est exécuté volontairement après l'époque à laquelle il pouvait être valablement confirmé (art. 1338, 2^o).

98. — Il faut donc que l'exécution soit volontaire, c'est-à-dire qu'elle soit le fait d'une personne qui a connaissance du vice dont l'acte est entaché et l'intention bien arrêtée d'effacer ce vice. Ce principe est fort important en matière de lésion. La lésion n'est pas, comme le dol ou la violence, un fait simple et évident par lui-même ; c'est, disent fort justement MM. Aubry et Rau², « un fait dont les éléments complexes » exigent une longue et minutieuse vérification, surtout « alors qu'elle doit, pour donner lieu à l'action en rescision, » « s'élever à un chiffre déterminé ». Le copartagé peut, lorsqu'il fait un acte d'exécution, n'avoir que le soupçon de la lésion ; il peut même être convaincu qu'il est lésé et n'être pas certain encore qu'il est lésé de plus du quart. Il faut donc, pour qu'il y ait ratification tacite, qu'il résulte bien des circonstances, dont l'appréciation appartient d'ailleurs aux juges, qu'à l'époque de l'acte d'où on prétend inférer cette ratification, le copartagé avait connaissance d'une lésion de plus du quart et la volonté bien arrêtée de purger le vice du partage.

99. — Les actes d'exécution peuvent varier à l'infini. Citons seulement comme pouvant opérer la ratification tacite du partage : l'aliénation faite par le copartagé de tout ou

1. *Contra* : Angers, 25 janvier 1862 (D. 1862, 2, 37). — Cet arrêt semble bien avoir confondu, comme l'ont fait d'ailleurs les rédacteurs du Code eux-mêmes, la confirmation avec l'acte confirmatif ; l'écrit peut être nul et la confirmation valable, et réciproquement.

2. AUBRY et RAU, 4^e édit., VI, § 626, note 39.

partie des objets composant son lot ¹, la réception par le copartagé de sommes qui lui avaient été attribuées soit à titre de soulte, soit pour complément de son lot ²; le paiement fait par le copartagé des intérêts d'une soulte qui avait été mise à sa charge ³.

100. — D'ordinaire, dans l'hypothèse d'un partage entre vifs, les actes d'exécution se font immédiatement après le partage, du vivant de l'ascendant. Ces actes, nous l'avons dit, n'emportent pas ratification du partage. Mais on peut s'en prévaloir pour prouver que l'enfant lésé avait connaissance de la lésion du vivant de l'ascendant. D'après la jurisprudence la plus récente, l'enfant ne peut, à la vérité, confirmer le partage par des actes qu'il fait du vivant de ses père et mère; mais les juges du fait peuvent trouver dans ces actes la preuve qu'il connaissait alors le vice dont le partage est atteint et voir dans les actes postérieurs au décès des donateurs la volonté persévérante de l'enfant de confirmer le partage vicié, à une époque où il était libre de manifester cette volonté ⁴.

101. — Remarquons enfin que l'acceptation des enfants, qui est requise pour la validité et même pour l'existence du partage entre vifs, ne peut être considérée comme une confirmation du partage et qu'il n'en peut résulter aucune fin de non-recevoir contre l'action en rescision ⁵. Cette proposition

1. La présomption légale de l'article 892 n'est pas applicable au cas de lésion. L'aliénation, comme tout autre acte d'exécution, ne crée une fin de non-recevoir contre la demande qu'autant qu'elle a été faite dans les conditions exigées par l'article 1338. Req., 26 février 1877 (D. 1878, 1, 162). — 18 février 1851 (D. 1851, 1, 294). — Civ. Cass., 4 décembre 1850 (D. 1850, 1, 337).

2. Bordeaux, 23 mars 1853 (D. 1853, 2, 223) et 21 novembre 1855 (D. 1856, 2, 113). — Agen, 16 février 1857 (D. 1858, 2, 106). — Toulouse, 26 juillet 1878 (D. 1879, 2, 176).

3. Req., 22 février 1854 (D. 1854, 1, 239).

4. Toulouse, 26 juillet 1878 (D. 1879, 2, 176). — Civ. Cass., 11 juin 1872 (D. 1872, 1, 452). — Civ. rej., 30 juin 1868 (D. 1868, 1, 327).

5. Trib. civ. d'Albi, 24 juillet 1877 (D. 1879, 2, 176).

est incontestable ; si on ne l'admettait pas, il n'y aurait jamais d'action en rescision possible ; on ne peut, en effet, rescinder qu'un partage accompli, c'est-à-dire accepté. Quand il y a lésion, le consentement est vicié par l'erreur où se trouvent les contractants sur la valeur des choses qui font l'objet du contrat ; or, quand le consentement est vicié, il ne peut être invoqué contre ceux qui n'ont consenti que par erreur. Ajoutons que la ratification ne peut intervenir pendant la vie de l'ascendant.

102. — Quant à l'action en nullité pour inobservation des règles posées par les articles 826 et 832, elle s'éteint, d'après le système admis par la jurisprudence, par la confirmation expresse ou tacite du partage, après le décès de l'ascendant¹.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 732, note 10.

CHAPITRE VI

Effets de la nullité et de la rescision des partages d'ascendants.

103. — Quels sont les effets de la nullité et de la rescision du partage d'ascendants ? Distinguons entre le partage testamentaire et le partage entre vifs.

104. — Lorsque le partage testamentaire ne comprend pas tous les descendants successibles, il sera presque toujours annulé avant d'avoir été mis à exécution. La rescision pour lésion de plus du quart pourra aussi être prononcée avant que les copartagés aient pris possession de leurs lots. Dans ces deux cas, l'acte annulé ou rescindé est réputé non venu et la succession doit être partagée entre les cohéritiers comme si l'ascendant n'eût fait aucune disposition.

105. — Si l'annulation ou la rescision n'a été prononcée qu'après l'exécution du testament, les parties doivent être remises dans la situation où elles étaient avant leur prise de possession. Chacun des enfants doit donc restituer tout ce qu'il a reçu à la masse commune, pour qu'il soit procédé à un nouveau partage. La restitution doit être faite en nature dans tous les cas ; les biens doivent rentrer dans la succession francs et quittes de toutes les charges dont les copartagés pourraient les avoir grevés, et les aliénations qu'ils auraient consenties seront résolues par application de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

MM. Bertauld et Laurent, d'après lesquels un legs collectif¹ ou des legs individuels² survivent à l'annulation du partage, appliquent ici les règles du rapport. Mais nous ne saurions admettre cette théorie. Le partage testamentaire ne fait que des copartagés et non des légataires, des parts héréditaires et non des legs. L'annulation du partage anéantit donc le seul titre en vertu duquel les descendants avaient été mis en possession des biens composant leurs lots.

106. — Lorsqu'il s'agit d'un partage entre vifs, la nature complexe de cet acte rend beaucoup moins facile la détermination des effets de la nullité ou de la rescision. Sur ce point encore la doctrine est divisée; quant à la jurisprudence, des arrêts récents nous permettent d'en indiquer la théorie avec plus de certitude que n'ont pu le faire les auteurs.

107. — On peut dire d'une manière générale que deux systèmes sont en présence. D'après l'un, la donation survit à l'annulation du partage³. D'après l'autre, l'acte de l'ascendant annulé en tant que partage ne saurait subsister comme donation; mais parmi les auteurs qui adoptent cette théorie, les uns⁴ ne l'appliquent qu'au cas de rescision pour cause de lésion et de nullité pour inobservation des règles prescrites par les articles 826 et 832, mais non au cas de nullité pour omission d'enfant; les autres admettent que, même dans l'hypothèse prévue par l'article 1078, le partage et la donation sont nuls⁵.

1. BERTAULD, *Questions*, II, n° 318.

2. LAURENT, XV, p. 61 et suiv.

3. DEMOLOMME, *Donat.*, VI, nos 285 et suiv. — BONNET, II, nos 679 et suiv. — RÉQUIER, nos 194 et suiv. — V. aussi BERTAULD, *Questions*, II, nos 303 et suiv.

4. AUBRY et RAU, VIII, § 734, § 730, note 12.

5. LAURENT, XV, p. 168, p. 130. — Toutefois, cet auteur admet que, dans le cas où le partage est nul pour omission d'enfant, la nullité ou plutôt l'inexistence n'a pas d'effet à l'égard des tiers!

108. — C'est le premier de ces systèmes qui nous paraît le plus logique et le plus pratique. Le partage entre vifs est à la fois un ensemble de donations et un partage, mais un partage conditionnel, c'est-à-dire subordonné à la condition que les règles du partage auront été observées (art. 1078, 1079). L'une de ces règles a-t-elle été violée de sorte qu'au décès de l'ascendant l'une ou l'autre des actions prévues par les articles 1078 et 1079, 1^o, puisse être exercée ? Un enfant omis se prévaut-il de l'inexistence du partage, ou fait-il rescinder cet acte pour cause de lésion ? Il en résultera que rétroactivement la donation faite par l'ascendant n'aura jamais revêtu le caractère de partage, qu'entre les donataires aucuns rapports de copartagés n'aurent jamais existé, qu'en un mot il n'y aura jamais eu que de simples donations et de simples donataires. Le partage, il est vrai, ne saurait subsister si la donation était nulle ; car, c'est la donation qui soutient le partage ; mais de ce que l'acte paternel ne peut avoir le caractère de partage, il n'en résulte nullement qu'il ne puisse pas avoir celui de la donation. Or, cette donation n'étant pas une donation précipitaire ne peut être qu'une donation en avancement d'hoirie, rapportable par conséquent suivant les règles posées au titre des rapports (843, 869). Sans doute, la donation comprise dans un partage entre vifs valablement, c'est-à-dire également fait, n'est pas soumise au rapport ; car cette opération devient superflue lorsqu'il n'y a plus de partage à faire. Mais, lorsque l'inexistence ou l'annulation du partage rend une nouvelle répartition nécessaire, la donation faite par l'ascendant reprend nécessairement le caractère de donation en avancement d'hoirie. Il en résulte : que l'enfant qui a renoncé à la succession de l'ascendant pourra, même après l'annulation du partage, retenir les biens qui lui ont été donnés jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 845) ; que les descendants qui auront accepté la succes-

sion devront rapporter les biens qui leur étaient échus pour les soumettre à une nouvelle répartition (art. 843); que ce rapport devra être fait suivant les règles prescrites par les articles 855 et suivants; que, notamment — et c'est la conséquence la plus importante de ce système —, l'aliénation qu'un des enfants aurait faite d'un des immeubles compris dans son lot, pendant la vie du donateur, sera maintenue en vertu de l'article 860; que les créanciers de la succession n'auront aucun droit sur les biens rapportés (art. 857).

109. — Cette théorie est à la fois logique et équitable. En prononçant la nullité du partage dans les cas prévus par les articles 1078 et 1079, 1^o, qu'a voulu le législateur? Assurer le maintien de l'égalité entre les enfants. La nullité du partage tend donc au même but que le rapport auquel sont soumis tous les donataires en avancement d'hoirie. Comme le rapport, elle est établie uniquement dans l'intérêt des enfants. Ce serait dès lors méconnaître la pensée du législateur que de faire tourner contre eux des dispositions écrites en leur faveur.

110. — C'est précisément ce que l'on ferait si l'on admettait avec certains auteurs que la donation ne survit pas à l'annulation du partage, si l'on tirait, par conséquent, de cette théorie des conséquences diamétralement opposées à celles que nous avons déduites de notre système. Le partage d'ascendant offrirait alors moins de garantie et de sécurité que la simple donation en avancement d'hoirie. Personne n'oserait traiter avec les copartagés si la rescision du partage devait entraîner la nullité des aliénations faites pendant la vie de l'ascendant. Les enfants eux-mêmes seraient exposés à perdre tout ce qu'ils avaient recueilli si les créanciers de la succession pouvaient exercer leurs droits sur les biens réunis à la masse par les copartagés. La renonciation ne serait même pas pour eux une garantie, puisque le renon-

çant devrait, lui aussi, restituer tout ce qu'il aurait reçu à la succession de l'ascendant sans pouvoir rien prétendre dans le partage de cette succession, à laquelle il serait devenu étranger. Il se trouverait ainsi déshérité contrairement à l'intention formelle de l'ascendant qui lui avait assigné une portion de ses biens.

111. — Que dit-on à l'appui de ce système déplorable et qu'objecte-t-on au nôtre ? MM. Aubry et Rau prétendent que « les attributions faites aux descendants dans un partage entre vifs ne constituent point de véritables dons en avance-ment d'hoirie », qu'on ne saurait dès lors leur appliquer les règles des rapports. Mais nous avons reconnu, nous aussi, la vérité de cette première proposition qu'on peut très-bien, ainsi que nous l'avons démontré, concilier avec notre théorie. Les mêmes auteurs ajoutent que « la rescision du partage met à néant le titre en vertu duquel les descendants possédaient les biens compris dans leurs lots¹... ». Mais n'est-ce pas là présupposer ce qu'il s'agit d'établir ? L'argument ne vaudrait dans tous les cas que si l'on était en présence d'un partage ordinaire, ou encore si le partage d'ascendant ne faisait qu'emprunter la forme de la donation. Mais les jurisconsultes que nous citons reconnaissent eux-mêmes qu'il y a dans le partage entre vifs une véritable donation (art. 1076) qui transmet aux enfants actuellement et irrévocablement la propriété des biens donnés, donation qui a si bien une existence distincte de celle du partage, que l'ascendant peut demander la révocation de sa libéralité dans les hypothèses prévues par les articles 953 et suivants. — Mais, objecte

1. AUBRY et RAU, § 734, note 31. — Ces auteurs ne commettent-ils pas une contradiction évidente lorsqu'ils enseignent que la nullité prononcée par l'article 1078 n'atteint que le partage et non la donation, parce que, disent-ils, le texte lui-même de cet article ne déclare nul que le partage ? C'est attacher bien de l'importance à un simple accident de rédaction. — V. le § 730, note 12 (t. VIII).

M. Laurent¹, les deux éléments dont se compose le partage entre vifs sont indivisibles dans la pensée de l'ascendant; celui-ci n'a donné qu'en vue du partage qui était la cause déterminante de sa libéralité; si le partage tombe, la donation doit tomber avec lui. Ce raisonnement, qui ne diffère que par la forme de celui qui vient d'être réfuté, ne saurait nous convaincre. Il ne se base d'ailleurs que sur une simple présomption. Ne pourrions-nous pas dire à notre tour : Si l'ascendant n'a voulu faire qu'un acte de répartition destiné à remplacer et à prévenir celui que ses enfants feraient plus tard, pourquoi a-t-il fait une donation et n'a-t-il pas employé la forme testamentaire ? S'il n'a pas pris ce dernier parti, c'est qu'il n'a pas eu seulement l'intention de partager en considération de sa mort, mais qu'il a voulu en outre se démettre de son vivant, en vue de ses convenances personnelles, le plus souvent parce que l'âge et les infirmités lui interdisaient désormais d'administrer son patrimoine. — De plus, si l'ascendant est présumé n'avoir voulu faire qu'un partage, pourquoi la loi n'a-t-elle pas accordé à cet ascendant le droit d'attaquer lui-même son œuvre, au cas où il lui apparaîtrait qu'il n'a pas rempli les conditions du partage ? Qu'importe d'ailleurs la volonté de l'ascendant ! Le but que le législateur se proposait d'atteindre en édictant les nullités prévues par les articles 1078, 1079, 1^o, le but que les enfants poursuivent en faisant annuler le partage, c'est de rétablir l'égalité. Or, pour atteindre ce résultat, il n'est pas nécessaire de faire tomber les donations au plus grand préjudice des descendants et des tiers; il suffit d'exiger des donataires, en nature ou en moins prenant, le rapport des biens donnés, qui seront dès lors l'objet d'une nouvelle et plus équitable répartition.

1. LAURENT, XV, p. 169. — Cet auteur maintient cependant les aliénations faites par l'enfant du vivant du donateur (p. 130 du t. XV).

112. — La question que nous examinons dans ce chapitre s'est, dans ces derniers temps, posée devant diverses juridictions à propos de la validité des aliénations faites du vivant de l'ascendant par un des enfants donataires. Par un jugement du 13 mars 1875, le Tribunal d'Albi avait décidé qu'au cas d'annulation d'un partage entre vifs pour cause de lésion, le partage seul tombait, que la donation subsistait comme avancement d'hoirie, que les biens donnés devaient dès lors être rapportés, soit en nature, soit en moins prenant, lorsqu'un des enfants avait aliéné un immeuble qui lui avait été attribué : « Attendu qu'aux termes de l'article 860, le donataire « en avancement d'hoirie d'un immeuble peut l'aliéner...; que « ce qui est vrai de l'immeuble donné en avancement d'hoirie « l'est à bien plus forte raison dans l'hypothèse où, comme « dans l'espèce, le cohéritier a reçu un lot à lui attribué d'une « manière définitive par un partage de présuccession émané « du père de famille... » La Cour de Toulouse avait confirmé le jugement du Tribunal d'Albi par un arrêt du 21 août 1875. Mais la Cour de Cassation avait, le 22 août 1877, cassé cet arrêt : « Attendu que les biens compris dans un partage « entre vifs n'appartiennent aux copartagés que sous la « réserve de la rescision éventuelle pour cause de lésion, « laquelle rescision, si elle se réalise, remet les choses au « même état qu'avant ledit partage et fait par conséquent « évanouir le droit de propriété de chaque copartagé; attendu « que vainement on prétend que la rescision s'applique seulement à la répartition des biens donnés et non à la donation elle-même; qu'on ne saurait, sans dénaturer le caractère « du partage d'ascendant en scinder les dispositions et considérer les donations comme indépendantes du partage dont « elles sont seulement l'instrument et le moyen ¹... » L'affaire

1. V. pour le jugement du Tribunal d'Albi, l'arrêt de la Cour de Toulouse et celui de la Cour de cassation : *DALL. OZ.* 1877. 1, 481.

fut renvoyée à la Cour de Montpellier qui, par un arrêt du 10 janvier 1878, se rangea à l'opinion de la Cour de Cassation¹.

Citons encore un arrêt de la Cour de Lyon qui, le 6 mars 1878, a décidé que la nullité édictée par l'article 1078 s'appliquait tant à la donation qu'au partage, et était par conséquent opposable au tiers acquéreur².

113. — Il est généralement admis³ que l'annulation ou la rescision du partage ne porte aucune atteinte à la validité de la libéralité préciputaire que l'ascendant aurait faite par le même acte à l'un de ses enfants; les donataires ou légataires par préciput tiennent leur droit de la donation ou du testament et non du partage. Toutefois, il y aurait, croyons-nous, bien des distinctions à faire sur l'interprétation de la clause de préciput. Il faut rechercher surtout quelle a été l'intention de l'ascendant; il y a là une question de fait dont l'appréciation appartient aux juges⁴. En principe, nous serions porté à ne considérer comme donation préciputaire devant survivre au partage que celle faite expressément au profit d'une personne déterminée et comprenant des biens déterminés dans leur espèce ou dans leur quotité⁵. — Si l'avantage dont bénéficie un des enfants ne résultait qu'indirectement de la seule composition des lots, il se confondrait évidemment avec le partage et tomberait avec lui.

114. — Lorsque le partage est annulé ou rescindé, les enfants sont obligés de rapporter les biens qui leur avaient été attribués. Ils doivent également restituer les fruits qui en sont l'accessoire. Mais à partir de quelle époque sont-ils tenus

1. Montpellier, 10 janv. 1878 (D. 1880, 2, 35).

2. Lyon, 6 mars 1878 (D. 1878, 2, 65).

3. AUBREY et RAU, VIII, § 723, 3°. — DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 241.

4. BERTAULD, *Questions prat.*, II, n° 338. — LAURENT, XV, p. 32.

5. Agen, 16 fév. 1857 (D. 1858, 2, 106).

de cette restitution ? Du jour de la demande en nullité ou en rescision, à moins qu'ils ne soient déclarés avoir possédé de mauvaise foi les biens compris dans leurs lots. Et, dans ce cas même, s'il s'agissait d'un partage entre vifs, ils ne seraient tenus des fruits que du jour de l'ouverture de la succession et non du jour de l'acte de partage. Si le partage avait été fait par testament, le copartagé devrait la restitution des fruits du jour même où il a pris possession de son lot s'il était dès lors de mauvaise foi. Les mêmes solutions sont applicables à la restitution des intérêts ¹.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 734. — RÉQUIER, n° 206 bis.

CHAPITRE VII

De l'action spéciale prévue par l'article 1079, 2^o.

115. — Après avoir dit que le partage d'ascendant peut être attaqué pour lésion de plus du quart, l'article 1079, 2^o, ajoute : « Il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait « du partage et des dispositions faites par préciput que l'un « des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne « le permet. » Le sens de cette disposition a été nettement expliqué dans les discussions préparatoires du Code¹; il ressort d'ailleurs suffisamment du texte même de l'article. Le législateur a prévu le cas trop fréquent où le père de famille se laissant entraîner par une préférence exclusive, favoriserait dans le partage de ses biens l'enfant à qui il a déjà fait une donation ou un legs par préciput et lui procurerait, au moyen de cette double libéralité, un avantage excédant la quotité disponible. Il a permis dans ce cas aux autres enfants d'attaquer le partage toutes les fois que l'attribution faite à l'enfant préciputaire porterait une atteinte quelconque à leur réserve.

Supposons qu'un ascendant ayant une fortune de 60,000 fr. et laissant deux enfants, ait donné par préciput sa quotité disponible de 20,000 fr. à l'un d'eux, et ensuite ait dans son partage attribué à ce même enfant donataire un lot de 25,000 fr., tandis qu'il n'attribue à l'autre qu'un lot de

1. LOCKÉ, t. V, p. 274, 361.

15,000 fr. Dans cette hypothèse, on aurait dû, d'après les principes généraux, refuser au descendant qui n'a reçu que 15,000 fr., c'est-à-dire un lot inférieur à sa réserve, toute action pour en obtenir le complément. D'un côté, il n'aurait pas pu faire réduire la donation faite à son frère, car elle n'excède pas le disponible, elle le comprend seulement. D'un autre côté, il n'aurait pu attaquer le partage; car le partage n'est rescindable que pour lésion de plus du quart, et l'inégalité qu'il contient à son préjudice ne lui cause qu'une lésion du quart. Il n'aurait pas pu non plus prétendre que l'avantage tiré par l'enfant donataire de l'inégalité du partage, réuni à la valeur de la donation, excède la quotité disponible de l'ascendant. Car le législateur ne considère pas, en principe, comme des avantages indirects les bénéfices que le partage peut faire obtenir à des copartagés; ils ne sont pour lui qu'un résultat de l'erreur de l'ascendant sur la valeur de ses biens. Mais les auteurs du Code ne s'en sont pas tenus aux principes généraux. Ils ont considéré le bénéfice résultant de l'inégalité des lots comme une véritable libéralité dans le cas où l'inégalité profite au descendant déjà donataire par préciput. On ne peut, en effet, supposer que ce soit par le pur effet du hasard que le lot d'une valeur supérieure soit précisément échu à ce descendant. Il est plutôt à présumer que l'ascendant a voulu de nouveau avantager celui auquel il avait fait la donation et que, dans ce but, il a fait un partage inégal. En vertu de cette présomption légale, les descendants dont la réserve est entamée ont en pareil cas le droit d'attaquer le partage.

116. — Mais par quel moyen attaqueront-ils ce partage? Est-ce par une action en rescision ainsi que le pensent MM. Demolombe, Colmet de Santerre, Bonnet, Bertauld¹;

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 189. — COLMET DE SANTERRE, IV, 247 bis II. —

est-ce au contraire par une action en réduction *sui generis*, ainsi que l'enseignent MM. Aubry et Rau, Réquier, Laurent¹? La question est fort importante, et suivant que l'on admet l'une ou l'autre de ces deux opinions, on arrive aux conséquences les plus opposées.

117. — D'après les auteurs que nous avons cités en premier lieu, il résulte soit du texte même de la loi, soit de l'intention de ses auteurs clairement manifestée par les travaux préparatoires, soit enfin des principes généraux, que l'action donnée aux enfants par le deuxième alinéa de l'article 1079 n'est autre que l'action en rescision prévue par le premier paragraphe de cet article, et ne diffère en rien de cette dernière ni par sa nature, ni par ses effets.

118. — 1° Le texte lu sans parti pris, sans idée préconçue, est formel en ce sens : « Le partage pourra être attaqué pour cause de lésion... ; il pourra l'être aussi.... » C'est donc bien contre le partage que l'action est accordée. S'il s'agissait d'une action en réduction, elle ne serait pas dirigée contre le partage, mais seulement contre la disposition excessive faite au profit de l'un des enfants. Cet enfant serait attaqué comme donataire et non comme copartagé. C'est donc, dans le deuxième alinéa de l'article 1079 comme dans le premier alinéa de cet article, la lésion que le législateur a eu en vue, sauf que dans le second cas prévu par ce texte il s'agit d'une lésion de moins du quart, tandis que dans le premier il s'agit d'une lésion de plus du quart ; c'est donc aussi dans l'une et l'autre hypothèse une action en rescision qui est

BONNET, n° 599 et suiv. — BERTAULD, *Questions prat.*, II, n° 236. — Ces auteurs ne citent en faveur de leur opinion aucun arrêt ; il en est cependant un, récent, le seul, croyons-nous, qui ait considéré l'action prévue par l'article 1079, 2°, comme une action en rescision. — V. Nancy, 2 juillet 1875 (D. 1878, 1, 162).

1. AUBRY ET RAU, VIII, § 731, 2°. — RÉQUIER, n° 207 et suiv. — LAURENT, XV, p. 180. — La jurisprudence est en ce sens ; toutefois elle ne distingue pas bien nettement l'action de l'article 1079, 2°, de celle prévue par l'article 920. — *Rej.* 17 août 1863 (D. 1864, 1, 30). — 13 juillet 1869 (D. 1871, 1, 171). — Agen, 14 mai 1851 (D. 1851, 2, 230).

donnée contre le partage, et c'est en effet la même formule qui est employée dans les deux dispositions.

119. — 2^o Cette interprétation est de plus conforme à l'intention des rédacteurs du Code. Voici comment un des partisans de ce système¹ expose les travaux préparatoires de notre article.

L'article 156 du projet présenté par Bigot-Préameneu portait : « Le partage sera nul si les père et mère ou autres « ascendants ont fait à titre de préciput une disposition soit « entré vifs, soit testamentaire au profit d'un ou de plusieurs « de leurs enfants ou descendants. » — La section a craint, dit Bigot-Préameneu, l'abus que l'on pourrait faire de ces partages pour favoriser un enfant par des avantages prohibés. — L'intention de la section, ajoute Treilhard, a été de prévenir cet abus, en n'accordant pas cumulativement au père le droit de disposer au profit de ses enfants et celui de leur partager son bien. — Murair repousse la prohibition, par la considération qu'il faut supposer au père l'intention d'être équitable envers ses enfants. — Il est répliqué par Berlier que la connaissance du cœur humain conduit à la conclusion contraire ; que celui qui a déjà gratifié un de ses enfants au préjudice des autres par une disposition ostensible sera porté à y ajouter par la voie détournée d'un partage si cette voie lui reste ouverte. — Au moins faudrait-il, conclut Berlier, si l'on autorise l'ascendant à cumuler le droit de disposer par préciput de la quotité disponible et le droit de faire le partage de son patrimoine, décider que ce partage pourrait être rescindé pour la plus petite lésion. — A la suite de cet échange d'observations, l'article 156 fut adopté, sauf rédaction, et plus tard les articles 156 et 157 du projet furent fondus en un seul sous le n^o 190 portant : « Le par-

1. BONNET, II, n^o 594.

« tage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de
« lésion de plus du quart. Il pourra l'être aussi dans le cas
« où il résulterait, soit du partage seul, soit du partage et
« des dispositions par préciput, que l'un des copartagés aurait
« un avantage plus grand que la loi ne le permet. » — Le
changement est capital : c'est l'idée subsidiairement émise
par Berlier qui l'emporte et qui plus tard, à une légère différence de rédaction près, passera dans notre article 1079.....
De nouvelles explications sont fournies par Jaubert dans son
rapport au Tribunat : « L'objet de la loi est de ne conserver
« au père qu'un seul moyen d'avantager un de ses enfants
« au préjudice de l'autre. S'il se borne à un partage, il peut
« faire cet avantage en donnant à l'un une portion plus forte,
« pourvu que l'autre ne soit pas lésé de plus du quart. Fait-il
« en même temps un don et un partage dans lequel il y ait
« une part plus forte ? Si l'excédant de cette portion et le
« don surpassent la quotité disponible, le partage peut être
« attaqué, quoique l'autre enfant soit lésé de moins du quart
« dans le partage... »

120. — 3° Enfin, il eût été contraire aux principes d'accorder une action en réduction dans l'hypothèse prévue par le législateur. La libéralité, en effet, n'excède pas le disponible ; le partage seul porte atteinte à la réserve ; l'excès ne naît que du partage dans ses combinaisons avec le don, que de la plus-value du lot du copartagé déjà bénéficiaire du disponible. Dès lors si c'est du partage que procède le vice, comment ce vice pourrait-il être corrigé au moyen d'un simple retranchement d'un lot au profit des autres lots ? Si c'est le partage qui cause la lésion, comment ne pas s'en prendre au partage ?

121. — De cette théorie on conclut : que l'action accordée par l'article 1079, 2°, a pour objet de faire rescinder le partage et non pas seulement de faire obtenir au demandeur le complément de sa réserve ; qu'elle doit être dirigée contre tous

les enfants copartagés et non pas seulement contre l'enfant avantagé ; que les défendeurs peuvent en arrêter le cours en usant du droit que consacre l'article 891.

122. — A ce système nous préférons celui qui ne voit dans l'action prévue par l'article 1079, 2°, qu'une action en réduction *sui generis*, fondée sur une présomption de fraude à la loi de la réserve.

123. — Le texte de l'article 1079, 2°, s'oppose-t-il à cette solution ? Nullement. Le terme générique qu'il emploie peut s'appliquer à l'action telle que nous l'entendons. On peut « attaquer » un acte sans en demander l'annulation. Le juge peut modifier, réformer l'acte attaqué dans ce qu'il a d'irrégulier, de vicieux, sans en prononcer la rescision totale. — Mais, dit-on, c'est le « partage » lui-même que la loi permet d'attaquer, c'est donc la lésion qui est le fondement de l'action et cette action ne peut être dès lors que l'action en rescision ! — On peut répondre que la loi ne pouvait accorder aux enfants une action contre la disposition de l'ascendant qu'en leur permettant d'attaquer le « partage », puisque l'acte qui contient cette disposition est précisément qualifié de partage. Il semble bien résulter d'ailleurs de la rédaction même des deux paragraphes de l'article 1079 qu'ils ont un objet tout différent. Le premier dit que le partage pourra être attaqué pour lésion de plus du quart ; il a en vue la lésion résultant du partage, l'inégalité énorme qui vicie ce partage. Le second dit que le partage pourra être attaqué lorsqu'il renferme un avantage plus grand que la loi ne le permet ; il n'a en vue que l'avantage excessif contenu dans l'acte. L'égalité est respectée en ce sens qu'il n'y a pas de lésion de plus du quart ; mais l'avantage résultant du partage et du préciput dépasse le disponible et entame la réserve. Le texte ne prouve donc pas que la deuxième action soit semblable à la première ; il semble bien prouver au contraire que ces deux actions, fon-

dées sur deux causes différentes, ne peuvent être de même nature. — Il faut remarquer d'ailleurs que, si, en cas de lésion de plus du quart, on admet que l'action tend à l'annulation du partage, c'est à raison de l'analogie évidente qui existe entre la lésion qui vicie le partage d'ascendant et la lésion qui vicie le partage ordinaire. Or, cet argument fait défaut pour la seconde disposition de l'article 1079 qui est spéciale au partage d'ascendant. Il faut donc avant tout être fixé sur les motifs de la loi et, ces motifs connus, se guider, pour qualifier l'action, sur les principes généraux du droit.

124. — Or, ces motifs de la loi, nous les connaissons ; seuls ils ressortent avec quelque netteté de la discussion au Conseil d'État et du rapport de Jaubert au Tribunat ; mais les travaux préparatoires pas plus que le texte de l'article 1079 ne nous disent quelle est la nature de l'action, quel est l'objet et quel sera l'effet de la demande. Berlier, à la vérité, soutenant l'article 156 du premier projet, avait prétendu que si l'on permettait à l'ascendant de faire à la fois un partage et une disposition par préciput, la loi qui fixe la quotité disponible serait journellement éludée ; « que pour éviter cet inconvénient il faudrait, en permettant le partage, décider qu'il « pourrait être rescindé pour la plus petite lésion » ; mais alors, ajoutait-il, « il est bien plus simple de l'interdire tout à « fait, dans le cas dont il s'agit, comme le décide l'article en « discussion. » L'objection était grave en effet, et il ne semble pas que les partisans du système que nous combattons s'en soient préoccupés. Si l'on avait dû rescinder le partage pour la plus petite lésion, il est certain que la faculté donnée à l'ascendant eût été presque illusoire et qu'il valait autant la lui refuser. Aussi l'article 156 fut-il maintenu sur ces observations de Berlier. Mais sans recourir à ce remède extrême que Berlier repoussait fort justement et dont les inconvénients n'échappèrent sans doute pas au Conseil d'État, on

pouvait prévenir l'abus de la double faculté accordée à l'ascendant en permettant à l'enfant dont la réserve serait entamée de faire réduire l'avantage excessif fait au donataire par préciput. Rien ne prouve que les auteurs de la deuxième rédaction n'aient pas eu cette pensée lorsqu'ils ont permis « d'attaquer » le partage qui contiendrait un avantage excessif. Les travaux préparatoires ne s'opposent donc pas à notre interprétation ; ils laissent tout au moins la question entière. On n'y peut puiser que le motif de la loi, et c'est ce motif que Jaubert rappelle dans les paroles citées précédemment.

125. — Quant aux principes, ils conduisent directement à notre solution. Pour déterminer la nature d'une action, il faut rechercher quel est le droit qu'elle est destinée à protéger. Or, dans notre matière, c'est la réserve qui est entamée par un avantage excédant la quotité disponible. Sans doute, l'excès ne résulte que du partage, puisqu'on suppose que le disponible n'est pas dépassé par la seule disposition précipitaire. Qu'importe ! l'action dont il est ici question est fondée sur une présomption légale absolue que l'avantage qui, de fait, ressort de la composition des lots n'est pas l'effet d'une erreur de l'ascendant, et qu'on doit en voir la cause dans l'intention où était ce dernier de gratifier par ce moyen le copartagé envers lequel il a exercé sa libéralité d'une autre manière encore. Le législateur ne voit dans l'allotissement fait au profit de l'enfant déjà bénéficiaire du disponible qu'une libéralité nouvelle, il ne voit dans l'ensemble de ces dispositions faites en faveur d'un seul et même enfant qu'une seule et même libéralité qui, lorsqu'elle entame la réserve d'un des enfants doit être ramenée à de justes limites. Mais pour que cette atteinte à la réserve soit réparée, faut-il que le partage tombe ? Nullement. Il suffit qu'on réduise l'avantage qui dépasse la quotité disponible et, par suite, qu'on rectifie le partage au profit de l'enfant dont la réserve est enta-

mée. Dans le système contraire au nôtre, lorsqu'un ascendant aurait donné sa quotité disponible à l'un de ses enfants, la plus petite inégalité résultant du partage et profitant à cet enfant, entraînerait la nullité du partage tout entier ! Ce serait, Berlier l'a reconnu lui-même, interdire à l'ascendant de partager ses biens ; car il est à peu près impossible de faire un partage sans y laisser glisser quelque inégalité.

126. — Concluons avec MM. Aubry et Rau que l'action ouverte par l'article 1079, 2^o, n'est ni l'action ordinaire en réduction¹, ni une action en rescision². « Bien que de nature
« complexe son caractère prédominant est celui d'une action
« spéciale en réduction, puisqu'elle est fondée sur une atteinte
« à la réserve du demandeur qui, sans quereller le partage
« comme vicié en soi et comme ayant lésé ses droits de copar-
« tagé, se plaint seulement de ce que la quotité disponible a
« été excédée à son détriment par le résultat combiné des
« libéralités préciputaires faites à un ou plusieurs des autres
« copartagés et de la valeur comparativement plus élevée des
« lots à eux attribués³. »

127. — De cette formule et de la discussion qui la précède, il résulte que quatre conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu à l'action prévue par l'article 1079, 2^o.

128. — 1^o Il faut que la réserve d'un des descendants

1. L'action en réduction ordinaire suppose que la quotité disponible est dépassée par les seules libéralités préciputaires ; elle peut être exercée contre des donataires ou des légataires étrangers ; elle a pour objet de faire rentrer dans la masse héréditaire à partager entre tous les héritiers les biens ou valeurs excédant la quotité disponible. Au contraire, notre action suppose le disponible dépassé par suite de certaines combinaisons particulières ; elle ne peut être exercée que contre des cohéritiers ; elle a pour but non de faire rentrer dans une masse à partager l'excédant de la quotité disponible, mais bien de faire servir cet excédant à compléter la réserve de ceux qui n'en ont pas été remplis par leurs lots de partage.

2. Notre action est en effet basée sur l'atteinte à la réserve ; elle ne fait pas tomber le partage, mais tend simplement à la rectification du partage par suite de la réduction des lots excessifs qui entamaient la réserve du demandeur ; elle ne peut être arrêtée dans son cours par l'offre permise par l'article 891.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 734, 2^o.

soit atteinte; car c'est sur l'atteinte à la réserve que l'action est fondée.

129. — 2° Il faut que l'ascendant ait fait à l'un de ses enfants une libéralité précipitaire; si cette circonstance ne se rencontre pas, il n'y a pas lieu à l'action de l'article 1079; 2°, alors même que la réserve d'un des descendants serait entamée par le partage, c'est-à-dire par la composition des lots. La présomption sur laquelle repose l'article 1079, 2°, cesse dans ce cas; l'ascendant n'est pas censé avoir formé des lots inégaux dans le but d'avantager un de ses enfants au préjudice des autres, parce que l'une des circonstances sur laquelle la loi fonde cette présomption fait défaut; l'ascendant, en effet, n'a pas fait de libéralité directe à l'enfant qui se trouve avantagé par le partage. On rentre dès lors dans le droit commun; l'inégalité qui résulte de la composition des lots est due à l'erreur de l'ascendant, et cette erreur n'a aucune influence sur la validité du partage si elle n'occasionne pas pour l'un des enfants une lésion de plus du quart.

Mais si, outre l'avantage indirect qui résulte du partage, l'un des copartagés a reçu une libéralité précipitaire, l'action de l'article 1079, 2°, est ouverte; peu importe que la libéralité comprenne ou non tout le disponible, qu'elle soit faite ou non dans l'acte même par lequel l'ascendant distribue ses biens.

130. — 3° A l'inverse, une libéralité précipitaire faite au profit de l'un des copartagés ne suffirait pas, quand même elle dépasserait le disponible, pour que l'action de l'article 1079, 2°, puisse être intentée; il faut, de plus, que l'enfant donataire soit avantagé par le partage. Si l'ascendant n'a fait qu'une libéralité précipitaire, le descendant lésé n'aura que l'action en réduction ordinaire (art. 920), au cas où la libéralité excéderait le disponible. Il ne pourra agir en rescision (art. 1079, 1°), puisque le partage est égal; il ne pourra

pas davantage exercer l'action pour atteinte à la réserve (art. 1079, 2°), puisque l'enfant donataire n'est pas avantagé par le partage.

131. — 4° Il faut enfin que la libéralité préciputaire et l'avantage résultant du partage, libéralité et avantage dont l'ensemble dépasse le disponible, profitent au même enfant; sinon, il n'y a pas de présomption de fraude à la loi; on reste dès lors dans le droit commun; la donation pourra être attaquée si elle est excessive, le partage pourra être attaqué s'il y a lésion de plus du quart; mais il n'y aura pas lieu à l'action spéciale de l'article 1079, 2°; car le donataire n'est pas avantagé par le partage, et celui qui est avantagé par le partage n'est pas donataire. Ce que la loi veut éviter, c'est qu'un père « puisse favoriser un enfant de deux manières »¹.

132. — Cette théorie, il est vrai, pourra amener de fâcheuses conséquences. L'ascendant, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, pourra éluder la loi qui fixe la quotité disponible. Ainsi, un père de famille qui laisse plusieurs descendants, quatre par exemple, pourra, après avoir donné à l'aîné la quotité disponible et la part qui lui revient dans la réserve, réduire deux des autres enfants aux trois quarts de leur réserve et faire bénéficier le quatrième, qu'il ne peut cependant avantager ouvertement, des parts qui ont été enlevées à ses frères. Ceux-ci ne pourront attaquer le partage ni en vertu de l'article 920, puisque la quotité disponible n'est pas excédée par la libéralité préciputaire, ni en vertu de l'article 1079, 1°, puisqu'ils ont reçu les trois quarts de ce qui devait leur revenir, ni en vertu de l'article 1079, 2°, puisque l'aîné des enfants n'a pas été avantagé par le partage et qu'il n'a rien reçu au delà du préciput et de

1. *Contra* : Montpellier, 14 juin 1865 (S. 1866, 2, 125). — BRESSOLLES, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1864, XIII, p. 164.

sa part de réserve. De là pourront résulter des inégalités d'autant plus criantes que la famille sera plus nombreuse. Mais nous pensons, avec la majorité des auteurs, que, dans de pareilles hypothèses, les enfants auraient le droit d'attaquer l'acte en vertu de l'article 920, comme étant une libéralité déguisée faite à l'un des enfants sous l'apparence d'un lotissement, dans le but de frustrer les autres d'une partie de leur réserve. La fraude, en effet, fait exception à toutes les règles. L'inégalité de la distribution ne peut plus être considérée comme le résultat d'une erreur, et la mauvaise foi devient évidente lorsque l'ascendant, pour grossir au delà de toute proportion le lot de l'un des copartagés, a privé systématiquement tous les autres d'une partie de leur réserve¹.

133. — On peut prévoir le cas où l'enfant qui a déjà reçu une libéralité précipitaire dépassant la quotité disponible aurait en outre bénéficié dans le partage d'un lot plus fort que celui des autres enfants. Ceux-ci devraient alors exercer deux actions distinctes, l'une, en vertu de l'article 920 pour faire réduire le préciput, l'autre, en vertu de l'article 1079, 2°, pour obtenir la réduction du lot attribué au précipitaire et par suite la rectification du partage. D'après ce que nous avons dit, ces deux actions distinctes par leur nature le seraient aussi par leur résultat².

134. — L'article 1079, 2°, suppose que l'un des copartagés a reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet, c'est-à-dire que cet avantage excède la quotité disponible et que, par suite, il doit être réduit. Mais comment savoir si l'avantage est excessif et de combien il dépasse le disponible? C'est là une question de réduction; il faut donc appliquer l'article 922.

1. AUBRY et RAU, *loc. cit.* — *Contra* : BERTAULD, *Questions prat.*, II, n° 275.

2. *Contra* : BERTAULD, II, n° 241.

L'application de cette disposition à la réduction prévue par l'article 1079, 2^o, a fait naître une difficulté qui a longtemps divisé la jurisprudence. Faut-il réunir fictivement aux biens existant lors du décès de l'ascendant les biens qu'il a partagés entre vifs entre ses enfants ? La Cour de Cassation commença par décider que la quotité disponible et la réserve devaient être calculées sur les seuls biens que l'ascendant possédait lors de son décès¹. Elle se fondait sur l'irrévocabilité de la donation-partage ; les biens qui y sont compris étant sortis à jamais du patrimoine du disposant ne pouvaient plus être soumis au rapport, pas plus au rapport fictif prescrit par l'article 922 qu'au rapport réel. Mais cette jurisprudence méconnaissait l'objet du rapport fictif exigé par l'article 922. Il ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité des donations-partages, puisque le seul but de cette réunion fictive est d'évaluer le montant du patrimoine sur lequel doivent être calculés le disponible et la réserve. L'erreur de la Cour de Cassation venait de ce qu'elle voyait dans le partage entre vifs l'ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, succession absolument distincte de celle qui s'ouvre à la mort de ce dernier et qui devait avoir, par conséquent, son disponible spécial et sa réserve particulière. Il ne pouvait donc être question de rapport fictif. Nous avons dit que la Cour rejeta cette doctrine et ses conséquences². Il est universellement admis aujourd'hui que les biens compris dans un partage entre vifs doivent être rapportés fictivement à la succession du donateur pour le calcul du disponible et de la réserve. Alors qu'il y aurait eu plusieurs partages partiels, il n'y a qu'une succession, qu'un patrimoine sur lequel on calcule ce que l'ascendant a pu donner soit à un enfant, soit

1. *Rej.* 4 fév. 1845 (*D.* 1845, 1, 49). — *Bordeaux*, 23 déc. 1852 (*D.* 1854, 2, 139).

2. V. le chapitre I^{er}.

à un étranger. Si, outre le disponible dont cet ascendant peut faire bénéficier un des copartagés, il avantage ce dernier par un lotissement exagéré, il y a lieu à réduction et par suite à l'application de l'article 922¹.

135. — On a beaucoup critiqué le système primitif de la jurisprudence comme enlevant à l'ascendant, de son vivant, une partie de son droit de disposition et réduisant son disponible. Mais il faut remarquer que le système de la jurisprudence actuelle et de la doctrine arrive à priver l'ascendant, éventuellement, il est vrai, d'une partie bien plus considérable, sinon de la totalité de son patrimoine. C'est là une observation qui, à notre connaissance du moins, n'a pas été faite. Un père a trois enfants et 400,000 fr. ; son disponible est actuellement de 100,000 fr. ; il fait entre ses trois enfants, le partage entre vifs de 300,000 fr. de valeur, et s'en réserve 100,000. Il n'a fait par ce partage ni avantage, ni préciput ; il peut donc espérer avoir encore la disposition de tout son disponible, soit de 100,000 fr., et il donne à un étranger 50,000 fr. Mais l'un des enfants renonce à la succession et garde sur le disponible les 100,000 fr. qu'il avait reçus par partage. Le disponible se trouve dès lors absorbé en grande partie, et le donataire étranger sera soumis à la réduction. Si même l'enfant renonçant avait été avantagé par le partage, il pourrait arriver qu'il ne restât aucune partie du disponible pour le donataire étranger postérieur au partage ; de sorte que l'ascendant, qui croyait s'être réservé son disponible, n'aura pas pu faire la plus petite donation ! Dans le système primitif de la Cour de Cassation, l'ascendant pouvait toujours au moins disposer d'une partie des biens non compris au partage.

136. — Il a été jugé que l'ascendant pouvait déroger à

1. Il y a en ce sens une foule d'arrêts. — Citons seulement : Civ. rej., 14 mars 1866 (D. 1866, 1, 173). — Bordeaux, 9 juin 1863 (D. 1863, 2, 207). — Cass., 18 déc. 1854 (D. 1855, 1, 55).

l'article 922 en déclarant que le disponible ne serait calculé que d'après les biens qu'il laisserait à son décès. Rien n'empêche, en effet, le disposant de renoncer à une partie de sa quotité disponible¹.

137. — Il a été jugé également que l'article 918 n'était pas applicable au partage d'ascendant². Presque toujours, l'ascendant se réserve l'usufruit d'une partie des biens qu'il a distribués de son vivant; ou bien il stipule que ses enfants lui paieront une rente viagère, ou lui fourniront une pension. Ces clauses, à raison même de la nature de l'acte dans lequel elles sont renfermées, n'ont rien de commun avec celles que prévoit l'article 918. Si ce texte ne permet pas aux successibles qui ont consenti à l'aliénation faite à l'un d'eux par l'auteur commun à charge de rente viagère, ou sous réserve d'usufruit, de demander le rapport fictif des biens aliénés, sous prétexte que l'aliénation dissimulerait une libéralité, c'est parce que leur consentement implique qu'ils ont reconnu eux-mêmes le caractère onéreux de cette aliénation. Or, une telle supposition n'est pas possible en matière de partage d'ascendant. Les successibles entre lesquels un ascendant distribue ses biens par anticipation figurent tous à l'acte comme donataires, même au cas où le partage renferme une réserve d'usufruit ou une stipulation de rente viagère au profit du donateur. L'acte est donc une libéralité par sa nature et non pas seulement par l'effet de la présomption légale de l'article 918. Cette disposition ne saurait dès lors être appliquée à un pareil acte.

138. — L'article 922 veut que l'on estime les biens d'après leur état à l'époque des donations, et leur valeur au temps du décès du donateur. Cette disposition reçoit-elle son application au cas prévu par l'article 1079, 2^e? L'affirmative

1. Req., 30 mars 1874 (D. 1875, 1, 298). — 19 août 1857 (D. 1857, 1, 185).

2. C. rej., 14 mars 1866 (D. 1866, 1, 173).

est universellement admise par la doctrine et la jurisprudence¹. Nous avons soutenu qu'au contraire, lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a lésion, les biens doivent être estimés d'après leur valeur lors de la donation-partage. Quand le partage est attaqué pour lésion de plus du quart, il s'agit uniquement de rechercher si l'ascendant a, oui ou non, violé la règle de l'égalité dans la répartition de ses biens; et pour le vérifier, il faut voir quelle valeur avaient les objets lors du partage; car, c'est à ce moment que l'égalité doit exister entre les copartagés; si, à ce moment, les lots étaient égaux, que pourrait-on dès lors reprocher à l'ascendant? Qu'importe que les biens aient changé de valeur depuis le partage? la perte ou le profit reste au copartagé qui est devenu propriétaire incommutable de ces biens. Il n'y a pas non plus à s'occuper des biens que l'ascendant laisse à sa mort, ni de ceux dont il aurait disposé en dehors du partage, puisque ces biens sont étrangers à la répartition qu'il s'agit de vérifier. Mais dans l'hypothèse prévue par l'article 1079, 2^e, la question change de face; il y a un avantage excessif qui prive un enfant d'une partie de sa réserve et qu'il s'agit de réduire. Il faut rechercher dans quelle mesure cet avantage excède le disponible. Or, cette quotité disponible ne peut être fixée que sur la valeur qu'aurait eue la succession tout entière si l'ascendant n'avait fait aucune disposition à titre gratuit. Il faut donc, pour la calculer, supposer que tous les biens dont il a disposé à ce titre ne sont pas sortis de son patrimoine, afin de déterminer la valeur qu'ils auraient eue au jour de sa mort. C'est donc cette valeur qui doit servir de base à l'estimation².

139. — Il arrive souvent que le demandeur en rescision pour cause de lésion de plus du quart d'un partage entre vifs

1. Civ. rej., 15 mai 1876 (D. 1876, 1, 322). — Cass., 26 déc. 1876 (D. 1877, 1, 171). — 24 juin 1868 (D. 1868, 1, 289). — Bordeaux, 8 mai 1878 (D. 1879, 2, 183).

2. Agen, 31 déc. 1868 (D. 1869, 2, 9). — 8 juillet 1868 (D. 1868, 2, 241).

comme en même temps une demande subsidiaire fondée sur le deuxième alinéa de l'article 1019. Il faudra donc, dans ce cas, pour statuer sur ces deux actions, estimer les biens suivant la valeur qu'ils avaient, soit à l'époque du partage, soit au jour du décès de l'ascendant.

140. — *Quand les biens compris dans un partage testamentaire et à ceux qui forment l'objet de legs précatatoires, ils doivent être estimés d'après leur état et leur valeur au moment du décès de l'ascendant.*

141. — L'action prévue par l'article 1019, 2°, ne peut être évidemment exercée qu'en faveur de l'ascendant. Mais pendant combien de temps peut-elle être exercée? par quel délai se prescrit-elle? Lorsque il s'agit d'un partage testamentaire, il est généralement admis que la prescription est de trente ans. Mais quand le partage a été fait par acte entre vifs, la jurisprudence, d'accord sur ce point avec la majorité des auteurs¹, décide que l'action dont il s'agit se prescrit, en conformité de l'article 1416, par dix ans à partir du décès de l'ascendant. Que cette solution soit adoptée par les auteurs qui votent dans l'action ou celle par la seconde disposition de l'article 1416, une action en rescision de la même nature que celle dont s'occupe la première disposition du même article, c'est ce que l'on comprend aisément. Mais ce qui s'explique beaucoup moins, c'est que cette théorie soit admise par la jurisprudence et par des auteurs qui ne votent dans l'action de l'article 1019, 2°, qu'une action en résiliation, ou du moins une action en réduction qui peuvent MM. Aubry et Rau prétendre justifier la conclusion évidente qu'ils commettent en disant que, « bien que l'action en résiliation ne s'attaque pas à un partage considéré isolément et en soi, son admission n'en

1. *Requ.* 1^{re} inst. 1861 (21 1861, 2 856).

2. *Arrêts* de Cass. 11 Mars 1864, *Requ.* en cass. 25. — *Principaux Douls*, VI, n° 261 bis.
— *Requêtes*, n° 200-204.

« doit pas moins avoir pour conséquence la nullité partielle de cet acte. Or, une action par laquelle une personne demande à revenir, même partie l'acte, sous les effets d'une convention dans laquelle elle a été partie et à laquelle elle a donné son consentement, ne peut pas tomber sous le coup de l'article 1304?... » Ce raisonnement ne saurait nous convaincre. Le texte de l'article 1304 est formel; la prescription décennale admise par cet article ne s'applique qu'aux actions en nullité et en rescision. Or l'action de l'article 1079, 2^e, n'est ni une action en nullité, ni une action en rescision; si elle tend à la réformation du partage par la réduction de l'avantage excessif contenu dans cet acte, elle ne fait pas tomber le partage. L'enfant avantagé conserve la donation et son lot, seulement ce lot subit un retranchement dans la mesure nécessaire pour que la réserve du demandeur soit complète. Comment dès lors la prescription décennale serait-elle applicable à son action qui ne ressemble en rien à celles que vise textuellement l'article 1304? Concluons donc que l'action de l'article 1079, 2^e, n'est prescriptible que par trente ans¹.

142. — Le copartagé peut recourir à l'action en réduction qu'il aurait le droit d'intenter; mais cette réclamation n'est valable qu'autant qu'elle est intentée après le décès de l'ascendant et qu'elle a été faite en pleine connaissance de l'atteinte subie par la réserve².

143. — De la nature que nous avons assignée à l'action de l'article 1079, 2^e, résultent encore deux conséquences remarquables. D'une part, cette action doit être dirigée contre l'enfant avantagé au delà de la quantité disponible, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause les autres copartagés. D'autre part, le

1. LAURENT, XV, p. 129.

2. Nancy, 2 juillet 1875, et Req., 26 fév. 1877 (D. 1878, 1, 132).

défendeur à cette action ne peut en arrêter le cours au moyen d'une indemnité pécuniaire; le demandeur a pour but de faire compléter sa réserve et il a droit à cette réserve entière en corps héréditaires ¹.

144. — Terminons enfin ce chapitre en indiquant les effets de l'action; elle n'a d'autre objet que de faire ramener au taux de la quotité disponible les avantages excessifs faits à un ou plusieurs copartagés; son admission ne saurait donc avoir pour objet l'anéantissement du partage, mais seulement sa rectification, à l'aide de retranchements à opérer sur les lots des défendeurs dans la mesure nécessaire et suffisante pour que la réserve du demandeur soit complétée ².

1. C. civ., 16 avril 1873 (D. 1873, 1, 290). — Req., 17 août 1863 (D. 1864, 1, 29). — *Contra* : RÉQUIER, n° 217. — LAURENT, XV, p. 199. — Ces auteurs adoptent cependant la théorie que nous avons soutenue au sujet de la nature de l'action de l'article 1079, 2°.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 734, 2°.

APPENDICE

Des clauses pénales insérées dans les partages d'ascendants.

145. — Il nous reste à dire quelques mots de la valeur des clauses pénales si fréquemment insérées dans les partages testamentaires. Ces clauses ont pour but de préserver le partage des critiques que sa nature mal définie et complexe ne permet que trop souvent d'élever. D'ordinaire, la clause pénale consiste dans la privation du disponible infligée à celui qui attaquera le partage. Cette clause n'est valable qu'autant qu'elle ne porte pas atteinte au droit des héritiers réservataires; il est clair qu'elle ne vaudrait pas pour restreindre le droit de ces héritiers au-dessous de la réserve.

146. — Une question délicate a été soulevée relativement à ces clauses. On a prétendu qu'elles ne produisaient leur effet qu'autant que l'attaque dirigée contre le testament-partage se trouvait mal fondée; que si, au contraire, l'attaque réussissait à faire tomber le testament-partage, elle faisait, par cela même, tomber dans tous les cas la clause pénale, soit par application de l'article 1227, soit par application de l'article 900. C'est une condition « contraire à la loi » que celle par laquelle l'ascendant cherche à forcer ses enfants à respecter un partage qui viole les prescriptions que la loi elle-même commandait d'observer sous peine de nullité. L'obligation principale qu'il leur impose de s'y soumettre est

nulle comme constituant une infraction à la loi; donc la clause accessoire par laquelle il voulait assurer l'exécution de cette obligation ne saurait être valable. En menaçant celui qui aurait le droit d'intenter l'action en nullité d'une perte égale ou peut-être supérieure au bénéfice que lui procurerait cette action, la clause pénale rendrait illusoire les prescriptions du Code qui déterminent les conditions de validité des actes. On ajoute des considérations d'équité. S'il est juste d'appliquer la clause pénale au demandeur qui succombe dans son action, il serait inique de faire supporter la peine à celui dont la demande a été reconnue bien fondée. On étoufferait ainsi les plaintes les plus légitimes et on exposerait les enfants à se voir dépouillés de leurs droits sans pouvoir recourir à la protection de la justice ¹.

147. — Ce système, croyons-nous, n'est que spécieux. Sans doute la clause pénale est nulle quand l'obligation principale est nulle, mais en quel sens? En ce sens qu'une clause pénale ne peut sanctionner une obligation inexistante, impossible, illicite, contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Mais ici l'obligation sanctionnée par la clause a-t-elle l'un de ces caractères? Oui, dit-on d'une manière générale, puisque l'événement a prouvé que le partage était nul, contraire à la loi. Mais c'est là une confusion; ce n'est qu'indirectement que la clause pénale protège le partage. L'obligation principale à laquelle est attachée cette clause est de respecter le partage. Cette obligation est indépendante de la validité du partage, puisqu'elle a précisément pour but d'étayer cet acte. Elle n'est assurément pas impossible; elle n'est pas davantage illicite, car la loi qui donne des actions pour la protection des droits de chacun, n'oblige pas à les exercer; chacun peut y renoncer s'il lui plaît, et par conséquent l'obligation

¹ V. en ce sens : Caen, 9 juin 1874 (D. 1876, 2, 33). — GENTY, *Part. d'asc.*, p. 169 et suiv. — LYON-CAEN, *Part. d'asc.*, p. 290.

de ne pas les exercer peut être valablement imposée. Cette obligation est-elle contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs? Cela peut être, cela dépendra du caractère de la nullité à laquelle il s'agit de renoncer. Mais on ne peut pas dire absolument et *a priori* qu'elle le soit. L'article 900 ne concerne également que les conditions contraires à cet ordre de lois auxquelles il n'est pas permis de déroger, parce qu'elles ont pour but un intérêt public (art. 6).

148. — On pourrait à un autre point de vue justifier la clause pénale et dire qu'elle constitue une obligation alternative; ou respecter le partage, ou renoncer à la quotité disponible, telle serait l'option imposée à l'héritier. A quoi, en effet, l'ascendant est-il tenu? A ne pas porter atteinte à la réserve de ses enfants: or, ici, la réserve est toujours sauve: ou, si elle ne l'est pas, c'est que l'enfant lésé a librement préféré s'en tenir à la disposition de l'ascendant¹.

149. — Mais le premier raisonnement nous paraît préférable. La nullité à laquelle il s'agit de renoncer est-elle d'ordre public? le testateur n'a pu imposer l'obligation d'y renoncer; la clause pénale tombe avec l'obligation principale; la condition de ne pas attaquer le partage est non écrite. S'agit-il d'une nullité que l'ascendant aurait pu, en droit sinon en fait, écarter expressément, d'une nullité introduite dans le seul intérêt privé des copartagés, d'une nullité à laquelle ceux-ci, majeurs et capables, auraient pu renoncer dans l'acte même d'un partage amiable? l'obligation de respecter le partage n'a rien de contraire à l'ordre public et la clause pénale est encourue dans tous les cas, que le demandeur triomphe ou qu'il succombe dans son action.

150. — La jurisprudence a consacré cette théorie. Elle a décidé que la clause pénale était encourue au cas de nullité

1. DEMOLOMBE, *Donat.*, VI, n° 63. — Dijon, 2 mars 1861 (D. 1863, I, 367). — Orléans, 5 fév. 1870 (D. 1870, 2, 19).

prononcée pour violation des articles 826 et 832¹. La Cour de Cassation, à l'inverse, a jugé que la clause pénale était nulle quand elle avait pour but de protéger un partage portant atteinte à la réserve ; car la réserve est d'ordre public². Mais la clause protégerait valablement un partage entaché de lésion, à la condition toutefois que la réserve ne soit pas entamée³ ; de sorte que s'il résultait de la vérification faite en justice que la lésion de plus du quart éprouvée par le demandeur porte atteinte à sa réserve, la peine ne devrait pas lui être appliquée, et il pourrait, dans le nouveau partage, réclamer, sans aucune diminution, toute sa portion héréditaire.

1. Civ. rej., 15 fév. 1870 (D. 1870, 1, 182). — AUBRY et RAU, VII, § 692, note 31.

2. Civ. cass., 22 juillet 1874 (D. 1875, 1, 453). — Rej., 21 mars 1869 (D. 1869, 1, 521). — Cass., 30 mai 1866 (D. 1867, 1, 265). — V. aussi Paris, 9 mars 1877 (D. 1878, 2, 34).

3. V. sur ce point l'arrêt du 22 juillet 1874 cité à la note précédente et un arrêt de la Cour de Chambéry, du 8 juillet 1873 (D. 1874, 2, 199). — AUBRY et RAU, VIII, § 735 *in fine*. — RICHIER, n° 78.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — L'adrogé peut intenter la *querela inofficiosi testamenti* bien qu'il ait droit à la quarte Antonine.
- II. — A l'époque classique, la dévolution de la *querela* ne peut s'opérer que d'ordre à ordre et non de degré à degré.
- III. — Dans la législation des Nouvelles (N. 115), le testament n'est plus simplement inofficieux, c'est-à-dire annulable. Il est, quant aux institutions d'héritiers, frappé d'une nullité absolue et de plein droit. Par suite, les descendants et les ascendants doivent faire valoir leurs droits, non plus à l'aide de la *querela inofficiosi testamenti*, mais par le moyen de la *petitio hereditatis*.

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL

- I. — Le créancier qui a obtenu une hypothèque judiciaire ou conventionnelle sur un immeuble de son débiteur postérieurement à l'aliénation que ce débiteur a faite de l'immeuble, peut-il se prévaloir de ce que l'inscription de l'hypothèque est antérieure en date à la transcription de l'aliénation ? Oui.
- II. — En matière de partage entre vifs, la lésion doit s'apprécier sur l'ensemble des biens distribués par l'ascendant, soit en un, soit en plusieurs actes de partage, mais sans y comprendre les biens laissés dans la succession *ab intestat*.
- III. — La lésion doit être appréciée d'après la valeur des biens au temps du partage, conformément à l'article 890, c'est-à-dire en cas de partage entre vifs, d'après la valeur des biens au temps de la donation.
- IV. — L'ascendant n'est pas tenu d'observer dans son partage la règle de l'égalité des lots en nature de biens (art. 826-832).

- V. — L'action établie par le deuxième alinéa de l'article 1079 est une action en réduction *sui generis* et non une action en rescision pour lésion de moins du quart.
- VI. — L'action prévue par l'article 1079, 2°, se prescrit par trente ans à partir du décès de l'ascendant, au cas de partage entre vifs.

HISTOIRE DU DROIT

- I. — L'ordonnance dite *Pragmaticque sanction* attribuée à saint Louis n'est pas authentique.

PROCÉDURE CIVILE

- I. — Les ordonnances sur requête sont susceptibles de recours toutes les fois que la mesure qu'elles autorisent peut causer un préjudice appréciable aux tiers.
- II. — De toutes les voies de recours, la seule qui puisse être employée est l'opposition.
- III. — Cette opposition doit être portée devant le président qui a rendu l'ordonnance.

DROIT CRIMINEL

- I. — La contrainte exercée sur un électeur, même lorsqu'elle n'a pas déterminé le vote ou l'abstention, est-elle punissable en vertu des lois des 2 août et 30 novembre 1875? Non.
- II. — Le jugement correctionnel qui, sur la réquisition du

ministère public, déclare une personne civilement responsable des frais du procès, n'a pas l'autorité de la chose jugée relativement à l'action en dommages-intérêts intentée ultérieurement contre la même personne par la partie lésée devant le tribunal civil.

DROIT ADMINISTRATIF

- I. — Un conseil général n'a pas le droit de déclasser en bloc toutes les routes départementales pour les classer ensuite comme chemins vicinaux (L. 10 août 1871, art. 46, §§ 6, 7, 8).
- II. — Le recours direct au Conseil d'État pour incompétence ou excès de pouvoirs est recevable contre un acte administratif, alors même qu'une autre voie est ouverte aux citoyens pour échapper à l'application de cet acte.

DROIT DES GENS (DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ)

- I. — Le jugement rendu à l'étranger n'a pas en France l'autorité de la chose jugée lorsqu'il a été rendu contre un Français. Ce principe est applicable en matière de faillite.

DROIT COMMERCIAL

- I. — L'action du failli n'est pas recevable après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif.
- II. — Lorsque la nullité d'une société anonyme est prononcée aux termes de l'article 41 de la loi du 24 juillet

1867, les fondateurs et administrateurs ne sont pas seulement responsables envers les tiers des conséquences dommageables de la nullité, conformément aux règles du droit commun ; ils sont tenus de la totalité des dettes sociales (art. 42).

*Vu par le Doyen de la Faculté,
Président de l'acte public,*

Nancy, le 11 juin 1880.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 12 juin 1880.

Le Recteur,

MOURIN.

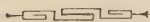


TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA *querela inofficiosi testamenti*.

	Pages.
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — Section I. — Origine et nature de la <i>querela inofficiosi testamenti</i>	10
Section II. — Compétence et procédure	15
Section III. — Des testaments qui peuvent être attaqués par la <i>querela</i>	19
CHAPITRE II. — Section I. — Qui peut intenter la <i>querela</i> ?	
<i>a.</i> — Des descendants	21
<i>b.</i> — Des ascendants	28
<i>c.</i> — Des collatéraux	31
Section II. — De la dévolution de la <i>querela</i>	33
Section III. — Contre qui la <i>querela</i> peut-elle être intentée?	38
CHAPITRE III. — Des conditions auxquelles est subordonné l'exercice de la <i>querela</i>	39
CHAPITRE IV. — Résultats de la <i>querela</i> .	
Section I. — Rescision totale du testament. Ses effets .	47
Section II. — Rescision partielle. Ses effets	51
Section III. — De l'accroissement dans la <i>querela</i> . . .	60
Section IV. — Rejet de la <i>querela</i>	67
CHAPITRE V. — De l'extinction de la <i>querela</i>	68
CHAPITRE VI. — Droit des Novelles	77

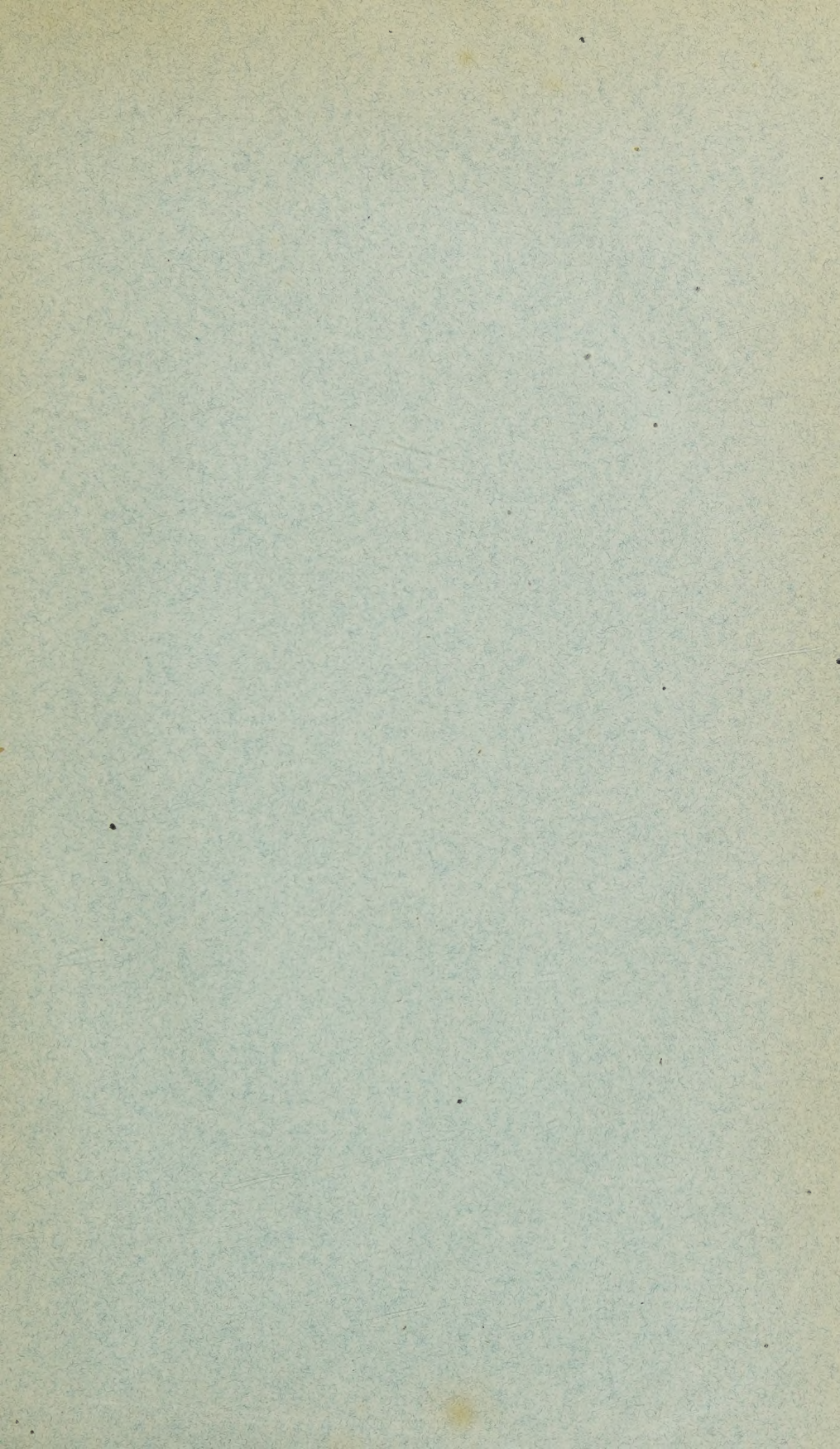
DROIT FRANÇAIS

DES ACTIONS DESTINÉES A RÉTABLIR L'ÉGALITÉ

DANS LES PARTAGES D'ASCENDANTS

(Art. 1078, 1079 C. civ.)

	Pages.
INTRODUCTION	96
CHAPITRE I. — Notions préliminaires. Des caractères juridiques du partage d'ascendant	100
CHAPITRE II. — De l'action en nouveau partage accordée par l'article 1078 au cas d'omission d'enfant	120
CHAPITRE III. — De l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart	132
CHAPITRE IV. — Les enfants peuvent-ils attaquer comme inégal le partage dans lequel l'ascendant n'a pas observé les règles prescrites par les articles 826-832 ?	158
CHAPITRE V. — A quelle époque s'ouvrent les actions en nullité et en rescision ? Quelle est leur durée ? Prescription. Confirmation du partage	178
CHAPITRE VI. — Effets de la nullité et de la rescision des partages d'ascendants.	193
CHAPITRE VII. — De l'action spéciale prévue par l'article 1079, 2°.	202
APPENDICE. — Des clauses pénales insérées dans les partages d'ascendants.	221
POSITIONS.	225



NANCY, IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT ET C^{ie}
